

Prof. Dr. Thomas Koller  
Bern

## Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011

Nicht im Handel



Sonderdruck aus  
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»  
Band 149 · 2013 · Heft 1

Stämpfli Verlag AG Bern

## Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011

Veröffentlicht in Band 137

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern<sup>1,2</sup>

### Übersicht

- I. Nebenkosten, die sich nicht aus dem Gebrauch der Sache ergeben; kantonales Recht über die Sozialwohnbauförderung; Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 257a f. OR; Art. 5 und Art. 6 ZGB; Art. 49 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 BV) BGE 137 I 135
- II. Zahlungsverzugskündigung bei separaten Mietverträgen über eine Wohnung und zwei Parkplätze (Art. 257d OR) BGE 137 III 123
- III. Verhältnis zwischen einer ausserordentlichen und einer ordentlichen Kündigung; Klarheit der Begründung einer Kündigung; Streitwertberechnung bei einer Kündigungstreitigkeit (Art. 261 Abs. 2 lit. a und Art. 266a Abs. 2 OR; Art. 51 und Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) BGE 137 III 389

1 Das Manuskript wurde am 22. Juli 2012 abgeschlossen.

Ich danke meiner Assistentin Caroline von Graffenried, MLaw, und unserer Hilfsassistentin Sladjana Rmandic für die Vorbereitungsarbeiten sowie für die kritische Durchsicht des Textes.

2 In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen (ZK = Zürcher Kommentar; BK = Berner Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CHK = Handkommentar zum Schweizer Privatrecht; CR = Commentaire Romand; KUKO = Kurzkomentar) und bezogen auf die neusten Auflagen zitiert. Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: DAVID LACHAT *et al.*, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009 (zit.: LACHAT/AUTORIN); Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT (zit.: SVIT-KOMMENTAR), 3. Aufl., Zürich 2008; FRANÇOIS BOHNET/MARINO MONTINI (éditeurs), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (zit.: CPRA BAIL-AUTORIN); MAJA BLUMER, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/3, hrsg. von Wolfgang Wiegand, Basel 2012 (zit.: SPR-BLUMER).

- IV. Kündigung durch den Ersteigerer einer Liegenschaft nach Doppelauftrag; Kündigung einer Familienwohnung bei einem sowohl geschäftlich als auch privat genutzten Mietobjekt und Rechtsmissbrauch; Zugang der Kündigung nach der «absoluten Empfangstheorie» (Art. 261 Abs. 2 lit. a und Art. 266n f. OR; Art. 2 Abs. 2 ZGB; Art. 142 i. V. m. Art. 258 Abs. 2 SchKG) BGE 137 III 208
- V. Indexierter Mietzins bei stillschweigender Vertragsverlängerung; Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 269b und Art. 270c OR; Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) BGE 137 III 580
- VI. Wechsel von im Mietzins inbegriffenen zu separat zu beziehenden Nebenkosten im laufenden Mietverhältnis; Formularzwang; Detaillierung der Begründung (Art. 269d OR; Art. 19 VMWG) BGE 137 III 362
- VII. Fehlende Verwendung des von einem Kanton vorgeschriebenen Formulars beim Abschluss des Mietvertrages; rechtsmissbräuchliche Berufung der Mieter auf den Formmangel; keine Missbräuchlichkeit der ordentlichen Kündigung wegen fortlaufend schleppender Zahlungen des Mietzinses (Art. 270 Abs. 2 und Art. 271 Abs. 1 OR; Art. 2 Abs. 2 ZGB) BGE 137 III 547
- VIII. Kündigungssperrfrist von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens; Unterliegen des Vermieters zu einem erheblichen Teil (Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 1 OR) BGE 137 III 24

- I. Nebenkosten, die sich nicht aus dem Gebrauch der Sache ergeben; kantonales Recht über die Sozialwohnbauförderung; Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 257a f. OR; Art. 5 und Art. 6 ZGB; Art. 49 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 BV)

*BGE 137 I 135 (4A\_546/2010) = Pra 2011 Nr. 81 S. 575 ff. = mp 2011, 291 ff. = JdT 2012 II 387 f.*

Das Gesetz des Kantons Freiburg über die Sozialwohnbauförderung vom 26. September 1985 (SGF 87.2) bezweckt unter anderem, den Bau und den Erwerb von Sozialwohnungen durch Personen im Ausland zu erleichtern (Art. 1 lit. b). Bewilligungen für den Erwerb

von Grundstücken für den sozialen Wohnungsbau sind nach Bundesrecht möglich (Art. 9 Abs. 1 lit. a BewG [Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983; SR 211.412.41]); Bundeshilfe ist jedoch für solche Sozialwohnungen nicht vorgesehen. Gemäss Art. 25 Abs. 1 des Freiburger Gesetzes werden die anfänglichen Mietzinse aufgrund eines Prozentsatzes der Gestehungskosten der Wohnungen festgesetzt, während sich die Nebenkosten gemäss Art. 38 Abs. 2 WEG (Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974; SR 843) bestimmen (Art. 25 Abs. 3 des Freiburger Gesetzes). Nach Art. 38 Abs. 2 WEG können in die vom Mieter gesondert zu tragenden Nebenkosten unter anderem *Objektsteuern* und *Gebäudeversicherungsprämien* eingeschlossen werden, müssen aber nicht (BGE 135 III 591 E. 4.2.3 S. 594 und dazu THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, ZBJV 2011, 294 ff., 299).

Zwei Mieter einer entsprechenden Sozialwohnung verlangten nach Beendigung des Mietverhältnisses vom Vermieter *die von ihnen bezahlten Nebenkosten für die Grundsteuern und die Gebäudeversicherungsprämien* zurück, in erster kantonalen Instanz mit und in zweiter Instanz ohne Erfolg. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde in Zivilsachen mit einem Streitwert von Fr. 148.06 ein, indem es das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) bejahte, und hiess sie gut (siehe zu diesem Urteil ausführlich JULIEN BROQUET, Newsletter mai 2011 du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel [abrufbar unter [http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets\\_bail/Arret\\_du\\_mois/11\\_Mai\\_commentaire\\_4A-546-2010\\_JB.pdf](http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/Arret_du_mois/11_Mai_commentaire_4A-546-2010_JB.pdf)]; kurze Hinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 63, und bei BRUNO HEDIGER, SJZ 2012, 317 ff., 317).

Dass das Bundesgericht einmal mehr – wie schon so oft – eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in einem sozial besonders sensiblen Bereich des Privatrechts wie dem Mietrecht verortete (siehe auch BGE 137 III 580 ff. und dazu hinten Ziff. V; zum Arbeitsrecht etwa BGE 136 I 290 und dazu THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, ZBJV 2012, 405 ff. 414), erstaunt längst nicht mehr. Ohne die Ausnahmebestimmung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG könnte sich das Bundesgericht mit sehr vielen Fragen aus dem Mietrecht, dem Arbeitsrecht und dem AGB-Recht nicht (bzw. nur unter den restriktiven Möglichkeiten der subsidiären Verfassungskontrolle) befassen.

Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG kommt daher eine grosse Bedeutung zu. Der vorliegende Fall allerdings hätte wohl auch im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung von Art. 49 Abs. 1 BV (Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts) im gleichen Sinn beurteilt werden können.

Die bundesrechtlichen Regeln über die Nebenkosten im Mietrecht finden sich in Art. 257a f. OR. Nebenkosten sind das Entgelt für die Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen (Art. 257a Abs. 1 OR). Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind die Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen des Vermieters für Leistungen, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen, wie Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten, sowie für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben (Art. 257b Abs. 1 OR). Leistungen des Vermieters, die nicht mit dem Gebrauch der Sache, sondern mit deren Existenz bzw. mit dem Eigentum an der Sache zusammenhängen, können nicht als Nebenkosten in Rechnung gestellt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sind diese Bestimmungen zwingendes Recht, können also vertraglich nicht derogiert werden. Ein Vermieter, der entsprechende Kosten auf den Mieter überwälzen will, muss sie in den Mietzins einkalkulieren (BGE 137 I 135 E. 2.4 S. 138 f., m. Nw.). Bei den hier in Frage stehenden Grundsteuern und Gebäudeversicherungsprämien handelte es sich evident um solche mit der Existenz der Sache bzw. mit dem Eigentum an der Sache zusammenhängende und daher an sich nicht separat abwälzungsfähige Kosten.

Im konkreten Mietvertrag war ausdrücklich geregelt, dass zu den von den Mietern gesondert zu zahlenden Nebenkosten auch die Auslagen für «contributions immobilières» und «assurance immeuble» gehören würden. Den strengen Anforderungen des Bundesgerichts an die Klarheit der Nebenkostenregelung gemäss Art. 257a Abs. 2 OR (vgl. dazu etwa BGE 135 III 591 sowie KOLLER/SENNHAUSER, ZBJV 2011, 298 ff., m. Nw.) dürfte diese Umschreibung genügen. Indessen stiess sich diese vertragliche Kostenabwälzung an der zwingenden Natur von Art. 257a f. OR. Zu prüfen war nun aber, ob dem Vermieter ausnahmsweise gestützt auf das kantonale Recht eine solche Kostenabwälzung gestattet ist. Das Bundesgericht hatte daher zu untersuchen, wie sich das Freiburger Gesetz über die Sozialwohnbauauf Förderung zum Bundesrecht verhält.

Zunächst hielt das Bundesgericht fest, dass es sich beim fraglichen Gesetz um autonomes kantonales Recht handelt und nicht bloss um Ausführungsbestimmungen zum Bundesrecht, etwa zum WEG oder zum BewG. Insbesondere hat hier Art. 38 Abs. 2 WEG, auf den Art. 25 Abs. 3 des Freiburger Gesetzes verweist, nur den Charakter ergänzenden kantonalen Rechts («à titre de droit cantonal supplétif»; BGE 137 I 135 E. 2.3 S. 137 f.). Dies ist vorliegend von zentraler Bedeutung: Art. 38 Abs. 2 WEG widerspricht Art. 257a f. OR, geht aber als bundesrechtliche Spezialnorm den Regeln des OR vor. In Mietverträgen über dem WEG unterstellte Wohnungen darf daher der Vermieter die Grundsteuern und die Gebäudeversicherungsprämien als Nebenkosten auf den Mieter überwälzen, vorausgesetzt, dies ist im Vertrag hinreichend klar geregelt (dazu BGE 135 III 591 und KOLLER/SENNHAUSER, ZBJV 2011, 298 ff.). Soweit hingegen wie in casu Art. 38 Abs. 2 WEG nur als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung kommt, muss diese Bestimmung auf ihre Bundesrechtskonformität hin überprüft werden.

In einem nächsten Schritt ging das Bundesgericht der Frage nach, ob es sich beim im Streit stehenden kantonalen Recht um *Privatrecht* oder *öffentliches Recht* handelt. Auch diese Frage ist von grosser Bedeutung: Zum Erlass von Privatrecht sind die Kantone nur befugt, wenn sich im Bundesrecht ein entsprechender (echter) Vorbehalt findet (Art. 122 Abs. 1 BV; Art. 5 Abs. 1 ZGB; dazu einlässlich neuerdings BK-WOLF, Art. 5 ZGB N 1 ff.). Von ganz wenigen, hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen (Art. 257e Abs. 4 und Art. 270 Abs. 2 OR) ist dies im Mietrecht jedoch nicht der Fall (BGE 137 I 135 E. 2.5.1 S. 139 f.; BK-WOLF, Art. 5 ZGB N 40). Zum Erlass von öffentlichem Recht dagegen sind die Kantone grundsätzlich aus eigener Kompetenz zuständig, soweit nicht eine spezielle Bundeskompetenz besteht (Art. 3 BV). Sie haben dabei, soweit ein Bezug zum Privatrecht besteht, bloss die von der Rechtsprechung zu Art. 6 ZGB entwickelten Schranken – (1.) keine abschliessende Regelung im Bundeszivilrecht, (2.) Vorliegen eines schutzwürdigen öffentlichen Interesses sowie (3.) kein Verstoß gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts bzw. keine Verletzung des Bundeszivilrechts – zu beachten (zu diesen Schranken einlässlich BK-Th. KOLLER, Art. 6 ZGB N 200 ff.).

Allerdings vertiefte das Bundesgericht diese Abgrenzungsfrage in casu nicht. Ansatzweise ordnete es die im Streit stehende kantonale Bestimmung dem Privatrecht zu, da die Frage der Nebenkosten-

regelung nicht einem öffentlichen Interesse diene, sondern die Beziehung zwischen Vermieter und Mieter betreffe (BGE 137 I 135 E. 2.6.1 S.140 f.). Anschliessend liess es aber die Zuordnungsfrage offen. Sollte es sich bei der kantonalen Norm um Privatrecht handeln, so genüge es, festzuhalten, dass die Art. 257a f. OR keinen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts enthielten und der Freiburger Gesetzgeber daher keine Kompetenz zur Nebenkostenregelung habe. Sollte die Regelung dagegen – wie die Vorinstanz implizit angenommen habe – dem öffentlichen Recht angehören, so würde sie schlicht und einfach die Art. 257a f. OR vereiteln. Zudem sei nicht ersichtlich, welches schutzwürdige öffentliche Interesse ein Kanton verfolge, wenn er dem Vermieter gestatten will, gewisse Nebenkosten separat auf den Mieter abzuwälzen, statt sie in den Mietzins einzukalkulieren. Auf die Überlegungen, die den Bundesgesetzgeber zum Erlass von Art. 38 Abs. 2 WEG veranlasst haben, könne sich der kantonale Gesetzgeber nicht berufen. Diese Norm beziehe sich auf mit Bundeshilfe grundverbilgte Wohnungen. Würde man öffentliche Abgaben wie Grundsteuern oder Gebäudeversicherungsprämien bei solchen Wohnungen in den Mietzins einkalkulieren, statt dem Mieter separat belasten, so würde der Eindruck entstehen, die Bundeshilfe variere je nach Höhe dieser Abgaben. Um die Berechnung der Mietzinse grundverbilgter Wohnungen klarer zu machen, habe der Bundesgesetzgeber beschlossen, die öffentlichen Abgaben von der Mietzinskalkulation auszunehmen und als vom Mieter separat zu zahlende Nebenkosten aufzuführen. Im vorliegenden Fall habe der Vermieter indessen keine finanzielle Unterstützung vom Staat erhalten, weshalb die Situation nicht mit WEG-geforderten Wohnungen vergleichbar sei. *Damit verstosse die Freiburger Regelung gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts* (BGE 137 I 135 E. 2.6.2 S. 141 f.).

Die Vorinstanz hatte ihren Entscheid noch mit einer alternativen Begründung untermauert. Sollte die Freiburger Regelung gegen Bundesrecht verstossen, so sei das Ergebnis unbillig. Der Vermieter könne seine Auslagen weder über den Mietzins, dessen Höhe vom kantonalen Recht festgesetzt wird, noch über die Nebenkosten finanzieren. Auch diese Argumentation hielt das Bundesgericht nicht für stichhaltig. Das Ergebnis verstosse nicht gegen das allgemeine Gerechtigkeitsgefühl (Art. 9 BV). Zudem würden die Art. 257a f. OR nicht auf die Billigkeit verweisen, weshalb die Vorinstanz nicht gestützt auf Art. 4 ZGB nach Ermessen habe entscheiden dürfen (BGE 137 I 135 E. 2.7 S. 142 f.).

Der besprochene Entscheid ist im *Ergebnis richtig* (gl. M. BROQUET, a. a. O.). Ökonomisch gesehen spielt es zwar keine Rolle, ob Nebenkosten über den rechnerischen Einbezug in den Mietzins oder separat auf den Mieter abgewälzt werden. Die restriktiven Regeln im OR über die Nebenkostenabwälzung und die strenge bundesgerichtliche Rechtsprechung zu diesen Normen aber sind dem *Transparenzgebot* verpflichtet. Der Mieter soll sich auf einfache und klare Weise ein Bild über die Höhe der zusätzlich anfallenden Nebenkosten machen können, und der Vermieter soll daran gehindert werden, über einen künstlich tief gehaltenen Mietzins, den er mit überraschend hohen Nebenkosten ausgleicht, seine Objekte leichter vermieten zu können.

Die Begründung des Urteils ist allerdings etwas «gewunden». Die in Frage stehende Regelung des Freiburger Rechts gehört offenkundig ins Privatrecht (BK-Th. KOLLER, Art. 6 ZGB N 249; zur Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht einlässlich DERS., Art. 6 ZGB N 24 ff., m. z. Nw.). Das hätte das Bundesgericht klar konstatieren und sich so die Ausführungen zu Art. 6 ZGB sparen können. Denn dann hätte dem Kanton schlicht und einfach die Regelungskompetenz gefehlt.

Nicht direkt Gegenstand des Verfahrens war Art. 25 Abs. 1 des Freiburger Gesetzes. Nach dieser Bestimmung, auf welche sich die Vorinstanz in ihrer alternativen Begründung berufen hatte, wird der anfängliche Mietzins aufgrund eines Prozentsatzes der Gestehungskosten der Wohnungen festgesetzt. Das hier besprochene Urteil hat zur Folge, dass der Vermieter (bei wörtlicher Anwendung dieser kantonalen Bestimmung) die von ihm zu bezahlenden öffentlichen Abgaben nicht in den Mietzins einkalkulieren und so auch nicht auf diesem (bundesrechtlich zulässigen) Weg auf den Mieter abwälzen kann. Es liegt am kantonalen Gesetzgeber, zu entscheiden, ob er Art. 25 Abs. 1 entsprechend ändern will. Wirtschaftlich gesehen würden mit einer solchen Gesetzesänderung die Mieter im Kanton Freiburg wieder gleich dastehen, wie wenn Art. 25 Abs. 3 als bundesrechtskonform beurteilt worden wäre. Aber die Nebenkostenregelung wäre dann für die Mieter wenigstens transparenter.

Ebenfalls nicht zu beurteilen war die Frage, ob die kantonale Regelung bundesrechtskonform wäre, falls der Kanton oder die Gemeinden Sozialwohnungen subventionieren würden. Ob sich diesfalls der Kanton auf die analoge Regelung in Art. 38 Abs. 2 WEG berufen

könnte (so BROQUET, a. a. O.), ist fraglich (dezidiert ablehnend GABATHULER/SPRIG, a. a. O., 63, die allerdings zu Unrecht davon ausgehen, dass die Wohnung in casu kantonal subventioniert war).

Das besprochene Urteil ist schliesslich noch unter einem anderen Gesichtspunkt interessant. Gemäss Art. 256b OR trägt der Vermieter die mit der Sache verbundenen Lasten und öffentlichen Abgaben. In der Lehre wird überwiegend die (m. E. nicht überzeugende) Auffassung vertreten, diese Bestimmung sei dispositives Recht (vgl. dazu etwa BSK OR I-WEBER, Art. 256b N 4, m. z. Nw.). Daraus würde z. T. abgeleitet, im Mietvertrag könne vereinbart werden, dass dem Mieter solche Lasten und öffentlichen Abgaben separat in Rechnung gestellt werden; es handle sich dann nicht um Nebenkosten, sondern um ein zusätzliches Entgelt im Sinne eines Mietzinses (SVIT-KOMMENTAR, Art. 256b N 7; ähnlich ZK-HIGI, Art. 256a–256b N 44; andersatzweise wohl gleich auch SPR-BLUMER, Rz. 647; nicht eindeutig BSK OR I-WEBER, Art. 256b N 4). Dies steht allerdings in klarem Widerspruch zur zwingenden Natur von Art. 257a f. OR, weshalb sich ein anderer Teil der Lehre dezidiert gegen diese Auffassung ausspricht (so ausführlich CPRA BAIL-BIERI, Art. 256b N 15 ff.; ebenso CR CO I-LACHAT, Art. 256b N 3, und CHK-P. HEINRICH, Art. 256b N 1). Zwar erwähnt das Bundesgericht in casu Art. 256b OR nicht. Dennoch muss aus dem vorliegenden Entscheid geschlossen werden, dass eine Abwälzung von Grundsteuern und Gebäudeversicherungsprämien auch über eine Art. 256b OR derogierende Vertragsbestimmung unzulässig ist; die gegenteilige Annahme wäre widersprüchlich.

## II. Zahlungsverzugskündigung bei separaten Mietverträgen über eine Wohnung und zwei Parkplätze (Art. 257d OR)

BGE 137 III 123 (4A\_622/2010) = mp 2011, 104 ff. = DB 2011, 20 f. = SJ 2011 I 281 f. = JdT 2011 II 373 ff.

Y war seit 2007 Mieterin einer Dreizimmerwohnung. Das Mietverhältnis war mit einer Frist von drei Monaten auf Ende März und Ende September kündbar. Im Jahr 2009 mietete sie zudem mit zwei weiteren Mietverträgen zwei Parkplätze; kündbar waren diese Verträge

ge mit einer Frist von drei Monaten auf Ende März, Ende Juni und Ende September. Im Dezember 2009 setzte die Vermieterin (X AG) der Mieterin gestützt auf Art. 257d OR eine dreissigtägige Nachfrist für die Zahlung der Mietzinse für die Parkplätze für die Monate Juli bis Dezember an. Nachdem die Zahlung nicht erfolgt war, kündigte die X AG sowohl den Mietvertrag über die Wohnung als auch die Mietverträge über die Parkplätze per Ende Februar 2010. Mit ihrem Begehren um Ausweisung der Mieterin aus der Wohnung blieb die Vermieterin sowohl vor den kantonalen Instanzen als auch vor Bundesgericht ohne Erfolg (vgl. zu diesem Urteil die Kurzbesprechung von PATRICIA DIETSCHY, DB 2011, 20 f., sowie die Hinweise bei BRUNO HEDIGER, SJZ 2012, 317 ff., 321, und bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 61).

Umstritten war – so das Bundesgericht –, ob die *ausserordentliche Kündigung einer Wohnung wegen Zahlungsrückstandes hinsichtlich funktional zugehöriger, aber separat zugemieteter Parkplätze zulässig ist*. Im Lichte dieser Konstellation sei die Frage zu beantworten, ob sämtliche separat abgeschlossene Verträge über funktional zusammengehörige Mietobjekte einer einheitlichen Behandlung bedürfen oder ob sie sinnvollerweise einem isolierten Schicksal unterstellt werden müssen. *Dies könne nicht losgelöst von der Interessenlage der Parteien geschehen*. Hätten die Parteien für Haupt- und Nebensachen je eigene, voneinander unabhängige Verträge abgeschlossen und werde der Mieter lediglich mit der Bezahlung des Mietzinses für eine Nebensache säumig, sei zu prüfen, ob die einzelnen Teile sinnvollerweise auch für sich selbst Bestand haben könnten, d. h. ob unter den gegebenen Umständen die betreffenden Mietobjekte auch unabhängig voneinander genutzt bzw. vermietet werden könnten. *Handle es sich beim Hauptvertrag um eine Wohn- oder Geschäftsmiete, dürfe nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Mieter erhöhte Schutzbedürfe*. Eine isolierte Betrachtung sei umso eher gerechtfertigt, wenn der Vermieter seinerseits grundsätzlich in der Lage sei, die Nebensache selbstständig anderweitig zu vermieten, nachdem er das Mietverhältnis zufolge diesbezüglichen Zahlungsverzugs aufgelöst habe (BGE 137 III 123 E. 2.2 S. 125 f.).

Die Anwendung dieser Prinzipien auf den vorliegenden Fall bot keine Schwierigkeiten: Die Mietverträge über die Parkplätze konnten auch auf einen Termin hin gekündigt werden, auf den die Wohnungskündigung nicht zulässig war. Zudem waren die Parkplätze von der

Mieterin erst rund zwei Jahre nach Mietantritt der Wohnung hinzugemietet worden und die Vermieterin hatte nicht aufgezeigt (und hätte es wohl auch gar nicht tun können), dass es für sie unzumutbar sei, die Parkplätze getrennt von der Wohnung zu vermieten. Unter diesen Umständen war daher der formellen Selbstständigkeit der Mietverträge auch materiell Rechnung zu tragen. Damit fehlte es bei der Wohnung (anders als bei den Parkplätzen) an einer Gültigkeitsvoraussetzung für eine Zahlungsverzugsrückmeldung.

Dem Urteil ist zuzustimmen. Eine Zahlungsverzugsrückmeldung auch hinsichtlich der Wohnung wäre sachlich nur hinnehmbar gewesen, wenn ein einheitlicher Mietvertrag über alle drei Mietobjekte geschlossen worden wäre (gl. M. DIETSCHY, a. O., 20 f.). Dennoch darf nicht übersehen werden, dass die drei Verträge in casu – wie das Bundesgericht einleitend zutreffend vermerkt – *funktional zusammenhängen*. Obwohl die Mietverträge über die Parkplätze formell separat abgeschlossen worden waren, handelte es sich nicht um «gesondert vermietete Einstellplätze oder ähnliche Einrichtungen» im Sinne von Art. 266e OR. Da die Parkplätze einen Bezug zur Wohnung hatten, hatte die Vermieterin die entsprechenden Mietverträge richtigerweise mit Formular gemäss Art. 266l Abs. 2 OR gekündigt (vgl. zu dieser Problematik auch BGE 125 III 231), was bei einer reinen Parkplatzmiete nicht erforderlich gewesen wäre. Ebenso korrekt war es, dass die Vermieterin gemäss Art. 257d OR eine Nachfrist von dreissig Tagen, wie für die Wohn- und Geschäftsraummiete vorgesehen, und nicht bloss von zehn Tagen wie für übrige Mietobjekte angesetzt hatte (DIETSCHY, a. O., 21). Dies ergibt sich aus Art. 253a Abs. 1 OR, dem zufolge die Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen auch für Sachen gelten, die der Vermieter zusammen mit diesen Räumen dem Mieter zum Gebrauch überlässt. Wie der hier besprochene Entscheid eindrücklich zeigt, hat aber der funktionale Zusammenhang zwischen einem Wohn- oder Geschäftsmietvertrag einerseits und einem Mietvertrag über ein anderes Objekt (wie z. B. einen Parkplatz) andererseits nicht zur Folge, dass die Mietverträge auch in der Zahlungsverzugsrückmeldung ihr Schicksal teilen müssen.

III. Verhältnis zwischen einer ausserordentlichen und einer ordentlichen Kündigung; Klarheit der Begründung einer Kündigung; Streitwertberechnung bei einer Kündigungsstreitigkeit (Art. 261 Abs. 2 lit. a und Art. 266a Abs. 2 OR; Art. 51 und Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG)

BGE 137 III 389 (4A\_189/2011) = Pra 2012 Nr. 6 S. 34 ff. = mp 2011, 315 ff. = SJ 2011 I 462 f. = JdT 2012 II 107 ff., 109

Y ist seit 2001 Mieterin einer Dreizimmerwohnung in Genf zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 400.–. Der Mietvertrag ist jährlich auf den 14. Juli unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten kündbar. Am 28. Juni 2008 erwarben die späteren Eheleute X die Liegenschaft. Am selben Tag kündigten die Käufer sämtliche Mietverträge, darunter auch den Mietvertrag mit Y, auf den 31. Oktober 2008. Auf Anfrage gaben sie zur Begründung an, die Schwester von H X wolle die Wohnung von Y beziehen. Zudem sei die Rendite der Liegenschaft ungenügend. Y klagt die Kündigung an und hatte vor der Schlichtungsbehörde Erfolg, ebenso vor der zweiten kantonalen Instanz (nicht aber vor der ersten) und vor Bundesgericht (vgl. zu diesem Urteil die Besprechung von PHILIPPE CONOD, Newsletter septembre 2011 du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bailarrets/11\\_Septembre\\_commentaire\\_4A-189-2011.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/11_Septembre_commentaire_4A-189-2011.pdf)], sowie die Hinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/12, 48 ff., 53 und 54, und bei BRUNO HEDIGER, SJZ 2012, 317 ff., 321).

In den amtlich publizierten (und hier einzig interessierenden) Teilen des Entscheids hatte sich das Bundesgericht mit zwei Fragen auseinanderzusetzen, nämlich zum einen mit der Streitwertberechnung bei einer Kündigungsstreitigkeit (nachfolgend lit. a) und zum andern mit dem Verhältnis zwischen einer ausserordentlichen und einer ordentlichen Kündigung (nachfolgend lit. b).

a) aa) In Mietsachen ist eine Beschwerde in Zivilsachen nur möglich, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15 000.– beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG), sofern sich nicht eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG; siehe als Beispiel dafür etwa BGE 137 I 135 und dazu vorn Ziff. I sowie BGE 137 III 580 und dazu hinten Ziff. V). Nach Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bestimmt

sich bei Beschwerden gegen Endentscheide der Streitwert nach den Begehren, die vor der Vorinstanz strittig geblieben waren. Im vorliegenden Fall hatte die zweite kantonale Instanz *die Gültigkeit der Kündigung eines unbefristeten Mietverhältnisses* zu beurteilen. In einer solchen Fallkonstellation entspricht der Streitwert gemäss Rechtsprechung dem Mietzins, der für den Zeitraum geschuldet wird, während dem der Vertrag weiterdauert, falls die Kündigung ungültig sein sollte. Dabei erstreckt sich dieser Zeitraum bis zu dem Datum, auf welches eine neue Kündigung möglich ist. *Bestreitet der Mieter die Gültigkeit der Kündigung, so ist der für die Berechnung des Streitwertes massgebende Zeitraum nicht kürzer als die Sperrfrist von drei Jahren nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR* (BGE 136 III 196 E. 1.1 S. 197; dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2011, 969 ff., 970 f.). Präziser zu dieser Berechnungsweise hatte sich das Bundesgericht bisher nicht äussern müssen. Der hier diskutierte Fall bot dazu nun aber Anlass, denn der Mietzins für drei Jahre lag mit Fr. 14 400.– (3 x 12 x Fr. 400.–) unter dem Betrag von Fr. 15 000.–.

Das Bundesgericht führte aus, bei der Dreijahresfrist handle es sich um eine Minimalfrist; zusätzlich sei der Zeitraum bis zur nächsten Kündigungsmöglichkeit zu berücksichtigen. Die Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR beginne an sich mit dem Abschluss des Verfahrens zu laufen. Für die Streitwertberechnung sei es indessen nicht sachgerecht, vom Datum des künftigen Bundesgerichtsurteils auszugehen. Der Streitwert müsse vielmehr im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung bestimmbar sein. *Auszugehen sei daher vom Datum des letzten kantonalen Entscheids*, in casu somit vom 14. Februar 2011. Die für die Streitwertberechnung massgebende Sperrfrist laufe daher am 14. Februar 2014 ab. In diesem Zeitpunkt sei der nächste mögliche (vertragliche) Kündigungstermin der 14. Juli 2014. Der Streitwert berechne sich mithin nach dem Mietzins für eine Dauer von drei Jahren und fünf Monaten (= Fr. 16 400.–) und liege deshalb über der Grenze von Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG (BGE 137 III 389 E. 1.1 S. 390 f.).

Diese höchstrichterliche Klarstellung der Streitwertberechnung bei einer Kündigungstreitigkeit ist zu begrüssen. Dass das Bundesgericht den hypothetischen *dies a quo* für die Sperrfrist bei der Streitwertberechnung abweichend von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auf das Datum des Entscheids der letzten kantonalen Instanz und nicht auf das Datum des Bundesgerichtsurteils festlegt, ist sachgerecht. Be-

schwerdeführer könnten sonst den Streitwert im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung gar nicht ermitteln, da letzteres Datum in der Zukunft liegt. Die effektive Kündigungssperrfrist selbst beginnt selbstverständlich dennoch erst ab dem Datum des Bundesgerichtsurteils, hier also ab dem 4. Juli 2011, zu laufen. Sachgerecht ist auch, dass das Bundesgericht zusätzlich zur dreijährigen Sperrfrist noch die anschliessende Kündigungsfrist sowie den konkret möglichen Kündigungstermin berücksichtigt. Der Streitwertberechnung sind somit nicht einfach – wie in der Lehre z. T. behauptet wird (so etwa LACHAT/PÜNTENER, Rz. 5/4.3.1) – drei Jahresmieten zugrunde zu legen.

In der Praxis kann man sich lange Überlegungen zum Streitwert ersparen, wenn man folgende Faustregel anwendet: *Bestreitet ein Mieter die Gültigkeit einer Kündigung, so wird der Streitwert von Fr. 15 000.– gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG immer erreicht, wenn bei einer Wohnungsmiete der monatliche Mietzins mindestens Fr. 384.62 (Fr. 15 000.– : 39) – und nicht Fr. 420.–, wie LACHAT/PÜNTENER, Rz. 5/4.3.1 Fn. 218 ausführen – bzw. bei einer Geschäftsraum-miete mindestens Fr. 357.15 (Fr. 15 000.– : 42) beträgt*. Denn bei der Wohnungsmiete ist zur dreijährigen Sperrfrist eine minimale gesetzliche Kündigungsfrist von drei Monaten (Art. 266c OR) und bei der Geschäftsraum-miete von sechs Monaten (Art. 266d OR) hinzuzuzählen. Nur wenn der Mietzins unter diesen Beträgen liegt, muss im Einzelfall eine konkrete Berechnung unter Berücksichtigung der vertraglichen oder gesetzlichen Fristen und Termine erfolgen. Das kann allerdings zu seltenen Ergebnissen führen. Sieht z. B. ein Vertrag nur einen jährlichen Kündigungstermin vor, so hängt die Streitwertberechnung sehr stark von der Zufälligkeit ab, wann das letztinstanzliche kantonale Urteil gefällt wird. Hätte etwa im vorliegenden Fall das obere kantonale Gericht an einem 15. April (egal welchen Jahres) entschieden, so wäre die Streitwertgrenze von Fr. 15 000.– schon bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 294.12 erreicht gewesen (Fr. 15 000.– : 51). Mit solchen Unebenheiten, die nicht sonderlich ins Gewicht fallen, wird man aber ohne Weiteres leben können.

Aus dem besprochenen Urteil geht nicht hervor, ob für die Streitwertberechnung der *Netto- oder der Bruttomietzins (also unter Einschluss der Nebenkosten)* massgebend ist. Soweit ersichtlich wurde diese Frage bisher höchstrichterlich noch nicht entschieden, und sie wird im Hinblick auf die relativ niedrigen zur Debatte stehenden Monatsmietzinse wohl auch kaum je entschieden werden. In der Literatur



wird, wenn überhaupt, für die Berücksichtigung des Bruttomietzinses plädiert (LACHAT/PÜNTENER, Rz. 5/4.3.1 im Text sowie in Fn. 218).

bb) Das besprochene Urteil betrifft direkt nur die Streitwertberechnung für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Indirekt hat es aber auch Auswirkungen auf die Streitwertermittlung für das Verfahren vor den kantonalen Instanzen. Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Bei Streitigkeiten um die Gültigkeit einer Kündigung sind die vorstehend skizzierten Grundsätze analog anzuwenden. Das bietet allerdings Schwierigkeiten, denn der massgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des Streitwerts ist jener der Klageerhebung (BSK ZPO-RÜEGG, Art. 91 N 7; PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 3). Bei der Klageeinleitung aber ist praktisch nicht abschätzbar, auf welchen Termin hin bei unterstellter Ungültigkeit der Kündigung das Mietverhältnis später gekündigt werden könnte. Nicht zutreffend ist es, wie sich aus dem hier besprochenen Entscheid ergibt, bei der Berechnung einfach auf die dreijährige Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR abzustellen (so aber SPR-BLUMER, Rz. 211 m.Nw.). Mindestens die nach Ablauf der Sperrfrist zu beachtende minimale gesetzliche Kündigungsfrist muss noch hinzugezählt werden (d. h. der Streitwert beläuft sich mindestens auf das 39-Fache bzw. 42-Fache des Monatsmietzinses). Darüber hinaus muss aber grundsätzlich auch die voraussichtliche Verfahrensdauer miterücksichtigt werden, und dies ist äusserst schwierig, zumal in der Regel nicht abgeschätzt werden kann, ob die Streitsache an eine höhere Instanz weitergezogen werden wird. Im Allgemeinen wird man sich daher soweit erforderlich mit groben Erfahrungszahlen über die durchschnittliche Verfahrensdauer von Mietsachen (die von Kanton zu Kanton verschieden ist) begnügen müssen.

Bei der Prüfung der Frage, ob der Streitwert von Fr. 10 000.– für eine Berufung erreicht wird (Art. 308 Abs. 2 ZPO), spricht viel dafür, dass dies a quo für die Fristberechnung auf das Datum des ersten Instanzlichen Entscheids anzusetzen, die voraussichtliche weitere Verfahrensdauer also nicht miteinberechnen. Denn ebenso wie bei der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht muss auch bei der Berufung im Zeitpunkt der Rechtsmittelreichung feststehen, ob die Streitwertgrenze erreicht ist oder nicht. Bei einem monatlichen Wohnungsmietzins von Fr. 256.42 (Fr. 10 000.– : 39) bzw. bei einem monatlichen Geschäftsraummietzins von Fr. 238.10 (Fr. 10 000.– : 42)

wäre dann der Streitwert für eine Berufung auf jeden Fall erreicht, während bei niedrigeren monatlichen Mietzinsen – sofern es solche überhaupt noch geben sollte – eine genaue Berechnung im Einzelfall erforderlich wäre.

b) In materieller Hinsicht bestand in casu folgende Ausgangslage: Die Erwerber der Liegenschaft hatten das Mietverhältnis ausserterminlich auf den 31. Oktober 2008 gekündigt und zur Begründung dringenden Eigenbedarf sowie eine ungenügende Rendite der Liegenschaft geltend gemacht. Der dringende Eigenbedarf wurde jedoch von der Vorinstanz verneint, und mit ihren dagegen gerichteten Rügen drangen die Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht durch (vgl. dazu die nicht amtlich publizierten E. 3 bis E. 7 des Urteils). Damit war eine der Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR nicht erfüllt. Eine Umdeutung dieser ausserordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung auf den nächsten vertraglichen Termin in analoger Anwendung von Art. 266a Abs. 2 OR, hier also auf den 14. Juli 2009, hatte die Vorinstanz zu Recht unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 135 III 441; dazu THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, ZBJV 2011, 294 ff., 304 ff.) abgelehnt (nicht publizierte E. 8.2 und 8.3 des Urteils).

aa) Die Beschwerdeführer warfen der Vorinstanz vor, dass diese nur von einer ausserordentlichen Kündigung gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR ausgegangen sei. Sie hätten – so die Beschwerdeführer – vielmehr darüber hinaus auch eine ordentliche Kündigung wegen ungenügender Rendite der Liegenschaft ausgesprochen. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, in Übereinstimmung mit der Lehre müsse dem Vermieter zwar grundsätzlich die Möglichkeit zugestanden werden, eine zweite «subsidiäre» (ordentliche) Kündigung für den Fall auszusprechen, dass die erste (ausserordentliche) Kündigung nicht gültig sei. In casu fehle es aber an einer entsprechenden Willensäusserung der Beschwerdeführer. Diese hätten keine zweite Kündigungserklärung abgegeben. Die Frage, ob die zweite subsidiäre Kündigung im gleichen Schreiben wie die erste Kündigung («la résiliation principale») erklärt werden dürfe, könne offenbleiben, denn die Beschwerdeführer hätten in ihrem Kündigungsschreiben keinen entsprechenden Willen ausgedrückt. Sie hätten dort bloss die Kündigung auf einen vorzeitigen Termin aufgeführt und in der Folge zur Begründung zwei Motive angegeben, von denen nur eines (d. h. der dringende Eigenbe-



darf) die ausserordentliche Kündigung rechtfertigen würde. Unter diesen Umständen habe die Mieterin nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass es sich bei der ungenügenden Rendite nur um ein zusätzliches und überflüssiges Motiv («un motif accessoire et supplémentaire») gehandelt habe. In einer solchen Situation könne Art. 266a Abs. 2 OR nicht angewandt werden. Auch den Einwand der Beschwerdeführer, sie würden so gegenüber einem Vermieter benachteiligt, der sich zur Begründung der Kündigung ausschliesslich auf die ungenügende Rendite berufen hätte und damit in den Genuss von Art. 266a Abs. 2 OR gekommen wäre, verwarf das Bundesgericht. Die Beschwerdeführer würden verkennen, dass sich der Urheber einer zweideutigen Willenserklärung ohne Rücksicht auf seinen wahren Willen den Sinn entgegenhalten lassen müsse, den ihr der Empfänger nach Vertrauensprinzip beimessen dürfe (BGE 137 III 389 E. 8.4.2 S. 392 f.).

Den Ausführungen des Bundesgerichts zur Klarheit von Kündigungen kann nur beigezeichnet werden (gl. M. CONOD, a. a. O.). Die Kündigung ist ein Gestaltungsrecht; sie gibt einer Vertragspartei das Recht, den Vertrag durch einseitige Erklärung aufzuheben. Die Ausübung eines solchen Rechts muss mit einer klaren und unzweideutigen Willensäusserung erfolgen (BGE 135 III 441 E. 3.3 S. 444; dazu KOLLER/SENNHAUSER, a. a. O., 305). Davon konnte im vorliegenden Fall keine Rede sein, war doch die von den Beschwerdeführern abgegebene Begründung der Kündigung widersprüchlich. Mit dem hier besprochenen Entscheid hat das Bundesgericht zu Recht seine mit BGE 135 III 441 eingeleitete strenge Praxis weiterentwickelt. Einmal mehr kann daher festgehalten werden: *Gestaltungsrechte können nur durch den Berechtigten ausgeübt werden; das Gericht kann nicht einen Willen substituieren, der zwar vielleicht beim Erklärenden vorhanden war, aber nicht ausgedrückt worden ist* (KOLLER/SENNHAUSER, a. a. O., 305).

Für künftige Erwerber von Liegenschaften heisst dies: Wer gestützt auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR ausserordentlich kündigen will, aber nicht sicher ist, ob die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, sollte gleichzeitig ausdrücklich eine zweite subsidiäre ordentliche Kündigung – *vorsichshalber in einem separaten Schreiben (samt Formular)* – auf den nächsten gemäss Vertrag möglichen Termin aussprechen. Falls dieser Termin nicht allzu weit vom ersten gesetzlichen Termin nach dem Eigentumserwerb entfernt ist (siehe zur Massgeb-

lichkeit des ersten gesetzlichen Termins nach dem Eigentumsübergang hinten Ziff. IV Bemerkung c) cc), dürfte es sich sogar empfehlen, auf die ausserordentliche Kündigung zu verzichten und bloss ordentlich zu kündigen. Auf diese Weise lassen sich Unklarheiten und unnötige Weiterungen in einem allfälligen Prozess vermeiden.

bb) Nicht unproblematisch am hier besprochenen Entscheid ist der Umstand, dass das Bundesgericht dem Vermieter prinzipiell die Möglichkeit einer «doppelten Kündigung» («la double résiliation» [CONOD, a. a. O.]) zugesteht. *Das steht letztlich in Widerspruch zum Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit der Gestaltungsrechtsausübung* (kritisch dazu wohl auch GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 54). Die Möglichkeit der doppelten Kündigung könnte künftig weitreichende Auswirkungen haben, insbesondere etwa, wenn der Vermieter wegen unsorgfältigen Gebrauchs des Mietobjekts durch den Mieter gestützt auf Art. 257f OR ausserordentlich kündigen möchte. Oft kann der Vermieter nicht verlässlich abschätzen, ob die Voraussetzungen für eine solche ausserordentliche Kündigung erfüllt sind oder nicht. Der vorsichtige Vermieter wird daher gleichzeitig («simultanée») – ja nicht später (!) – eine subsidiäre ordentliche Kündigung aussprechen (CONOD, a. a. O.). Erfolgt die zweite Kündigung später und wehrt sich der Mieter gegen die erste Kündigung vor Schlichtungsbehörde und Gericht, so ist die spätere Kündigung gestützt auf Art. 271a Abs. 1 lit. d und lit. e OR anfechtbar, wenn sie während der Dauer des Verfahrens oder vor Ablauf von drei Jahren nach dessen Abschluss ausgesprochen wird (BGE 131 III 33 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., 421 ff.). *Mit der doppelten Kündigung scheint der Vermieter das Risiko einer solchen Anfechtung wohl vermeiden zu können* (dazu einlässlich CONOD, a. a. O.). Ob dies wirklich der Absicht des Bundesgerichts entspricht, ist allerdings fraglich.

IV. Kündigung durch den Ersteigerer einer Liegenschaft nach Doppelaufwurf; Kündigung einer Familienwohnung bei einem sowohl geschäftlich als auch privat genutzten Mietobjekt und Rechtsmissbrauch; Zugang der Kündigung nach der «absoluten Empfangstheorie» (Art. 261 Abs. 2 lit. a und Art. 266n f. OR; Art. 2 Abs. 2 ZGB; Art. 142 i. V. m. Art. 258 Abs. 2 SchKG)

*BGE 137 III 208 (4A\_656/2010) = Pra 2011 Nr. 106*

*S. 756 ff. = MRA 2012, 16 ff. = mp 2011, 115 ff. = SJ 2011 I 293 ff. = JdT 2012 II 107 ff., 108 f.*

Die Eheleute X waren Mieter eines Gebäudes, in dem sich das von ihnen betriebene Hotel-Restaurant mit 24 Zimmern und drei Dreizimmerwohnungen befanden. Das Mietverhältnis war für die Zeit vom 1. September 2001 bis 1. September 2011 geschlossen worden und sollte sich jeweils um fünf Jahre verlängern, wenn es nicht mindestens ein Jahr vor Vertragsablauf mit eingeschriebenem Brief gekündigt wird. In den Jahren 2005 und 2006 verlangten die Mieter von den Vermietern unter anderem die Behebung von Mängeln der Mietsache. Zu einem nicht mehr genau bestimmbaren Zeitpunkt nach Vertragschluss (spätestens aber im September 2006) zog das Ehepaar mit seinen Kindern in zwei der drei Wohnungen.

Nach dem Konkurs der Vermietler ersteigerte die Y SA in der Zwangsverwertung die Liegenschaft am 15. Februar 2008 nach einem Doppelaufwurf ohne Überbindung des Mietverhältnisses. Am 18. Februar 2008 teilte der Vertreter der Mieter der Y SA mit, dass ein Prozess wegen Mängelbehebung hängig sei und dass der Ersteigerer eine Frist von fünf Tagen gesetzt werde, um mit der Mängelbehebung zu beginnen. Mit Schreiben vom 20. März 2008 an die Eheleute X, versandt mit gewöhnlicher Post und mit eingeschriebenem Brief an die Adresse des Hotel-Restaurants, kündigte die Y SA den Mietvertrag per 1. Oktober 2008. Der eingeschriebene Brief stand den Mietern ab 26. März 2008 am Postschalter zur Abholung zur Verfügung; effektiv abgeholt wurde er erst am 1. April 2008.

In der Folge machten die Mieter unter anderem geltend, die Kündigung sei nichtig («nul») im Sinne von Art. 266o OR und zudem – da zu spät erfolgt – unwirksam («inefficace») im Sinne von

Art. 261 Abs. 2 lit. a OR. Damit hatten sie indessen weder vor den kantonalen Instanzen noch vor Bundesgericht Erfolg (vgl. zu diesem Urteil die Besprechungen von PATRICIA DIETSCHY, Newsletter avril 2011 du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel [abrufbar unter [http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets\\_bail/Arret\\_du\\_mois/11\\_Avri\\_commentaire\\_4A-656-2010.pdf](http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/Arret_du_mois/11_Avri_commentaire_4A-656-2010.pdf)], und von ZINON KOUMBARAKIS, MRA 2012, 16 ff., sowie die Hinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 62, und bei BRUNO HEDIGER, SJZ 2012, 317 ff., 319 f.).

Die Nichtigkeit der Kündigung hatten die Mieter damit begründet, dass es sich beim Mietobjekt um eine Familienwohnung handle und dass die Kündigung der Ehefrau nicht zugestellt worden sei. Aufgrund einer Würdigung aller Umstände kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die gemieteten Lokalitäten ursprünglich überwiegend für den Betrieb des Hotel-Restaurants, d. h. für geschäftliche Zwecke, bestimmt waren. Spätestens ab September 2006 diente die Mietsache aber einem gemischten Zweck, d. h. auch als Wohnung der Familie. In Übereinstimmung mit der Lehre kam das Bundesgericht zum Schluss, dass auf die Miete von Geschäftslokalitäten, die gleichzeitig auch als Familienwohnung dienen, die Schutzbestimmungen über Familienwohnungen (Art. 266m und Art. 266n OR) Anwendung finden (BGE 137 III 208 E. 2.3 S. 210 f., m.Nw.). Da die Ersteigererin die Kündigung nicht auch an die Ehefrau von Mieter X gerichtet habe, wäre die Kündigung gemäss Art. 266o i. V. m. Art. 266n OR an sich nichtig.

Aufgrund der besonderen Umstände verneinte jedoch das Bundesgericht in casu die Nichtigkeit der Kündigung. Die Y SA sei gestützt auf Art. 261 Abs. 1 OR mit dem Zuschlag in der Zwangsverwertung in das Mietverhältnis eingetreten. Nachdem sie die Liegenschaft nach dem zweiten Aufruf ohne Überbindung des Mietvertrages erworben habe, habe sie von ihrem Recht auf vorzeitige Kündigung mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR Gebrauch gemacht, wobei gemäss Rechtsprechung für diesen Fall kein dringender Eigenbedarf geltend gemacht werden müsse. Es sei anerkannt, dass der Mieter verpflichtet sei, den Vermieter zu orientieren, wenn im Verlauf des Mietverhältnisses die Mietsache zur Familienwohnung werde; dabei handle es sich um eine Nebenpflicht des Mieters. Die Beschwerdeführer hätten die Ersteigererin nicht darüber informiert, dass X und seine Familie zwei der Wohnungen selber bezogen hätten, wozu sie aber

verpflichtet gewesen wären. Dazu wären sie leicht in der Lage gewesen, da ihr Vertreter nur drei Tage nach der Versteigerung der Y SA geschrieben und von ihr die Behebung von Mängeln der Mietsache verlangt habe. In diesem Schreiben hätten sie die Y SA nicht «gewarnt» («averti»), dass sie mehrere Jahre nach Abschluss des Mietvertrages mit den früheren Eigentümern in den zum Betrieb eines Hotel-Restaurants gemieteten Räumlichkeiten eine Familienwohnung eingerichtet hätten. Wer sich unter diesen besonderen Umständen auf die Nichtigkeit einer Kündigung gestützt auf Art. 266o OR berufe, handle *rechtsmissbräuchlich* (BGE 137 III 208 E. 2.5 S. 211 f.).

Die Unwirksamkeit der Kündigung im Sinne von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR hatten die Mieter damit begründet, dass ihnen das Kündigungs-schreiben nicht schon am 26. März (als die Sendung am Postschalter zur Abholung bereit war) bzw. spätestens am 27. März 2008 zugegangen sei, wie die Vorinstanz angenommen habe, sondern erst mit der effektiven Abholung des eingeschriebenen Briefes auf der Post am 1. April 2008. Das sei verspätet gewesen, da bei einer gesetzlichen Frist von sechs Monaten für die Kündigung von Geschäftslokalitäten eine Kündigung auf den 1. Oktober 2008 nicht mehr möglich gewesen sei.

Das Bundesgericht hält dem entgegen, dass für den Zugang einer Kündigung die *absolute Empfangstheorie* («la théorie de la réception absolue») gelte. Die Kündigungsfrist beginne in dem Moment zu laufen, in dem die Kündigung in den Machtbereich des Adressaten gelangt sei, d. h. in dem Zeitpunkt, in dem der Adressat nach dem üblichen Geschäftsgang in der Lage sei, von der Sendung Kenntnis zu nehmen. Bei einer *gewöhnlichen Postsendung* erfolge der Zugang, wenn sie in den Briefkasten oder das Postfach gelegt werde, falls angenommen werden könne, dass der Adressat die Sendung in diesem Zeitpunkt entgegennehmen könne. Der Zeitpunkt der effektiven Kenntnisnahme sei nicht entscheidend. Bei *eingeschriebenen Briefen*, welche dem Adressaten oder einem zur Entgegennahme befugten Dritten nicht ausgehändigt werden können, lege der Briefträger eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder das Postfach. Eine solche Sendung sei in dem Zeitpunkt zugegangen, ab dem der Adressat sie am Postschalter habe behändigen können. *Dies sei entweder der Tag, an dem die Abholungseinladung im Briefkasten deponiert worden sei, wenn erwartet werden könne, dass der Adressat die Sendung sofort abhole, oder sonst in der Regel («en règle générale» [sic!]) der folgenden Tag* (BGE 137 III 208 E. 3.1.2 S. 213 f., m.Nw.).

In zwei Fällen gelte im Mietrecht die relative Empfangstheorie («la théorie de la réception relative»), nämlich bei der Ankündigung einer Mietzinserhöhung gemäss Art. 269d OR und bei der Mahnung im Zahlungsrückstand des Mieters nach Art. 257d OR. Für diese Fälle komme die gleiche Regel wie im Prozessrecht zum Tragen (Art. 138 Abs. 3 ZPO). Können die eingeschriebene Sendung nicht ausgehändigt werden und lege der Briefträger eine Abholungseinladung in den Briefkasten, so erfolge die Zustellung in dem Zeitpunkt, in dem der Adressat die Sendung effektiv in Empfang nehme, spätestens aber am siebten und letzten Tag der Abholfrist. Gewisse Autoren würden die Auffassung vertreten, diese Theorie sei auf sämtliche privatrechtliche Willenserklärungen anzuwenden, welche mit eingeschriebenem Brief erfolgen, insbesondere auch auf Kündigungen. Diese Minderheitsmeinung sei jedoch nicht überzeugend. Die relative Empfangstheorie bezwecke bei der Ankündigung einer Mietzinserhöhung, dem Mieter die volle Überlegungsfrist von Art. 269d Abs. 1 OR und die Möglichkeit zur Auflösung des Mietvertrages zu sichern, wenn er die Mietzinserhöhung nicht akzeptieren wolle. Bei der Mahnung im Zahlungsverzug solle der Mieter die vollen dreissig Tage Zeit haben, um sich die Mittel für die Zahlung des verfallenen Mietzinses zu beschaffen. Für Kündigungen würden diese Überlegungen nicht gelten. Zudem trage die absolute Empfangstheorie den gegenläufigen Interessen der Parteien angemessenen Rechnung. Der Absender trage das Übermittlungsrisiko bis zu dem Moment, in dem die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelange, während dieser das Risiko übernehme, dass er innerhalb seiner Einflussphäre verspätet oder überhaupt nicht Kenntnis von der Sendung erhalte (BGE 137 III 208 E. 3.1.3 S. 214 ff., m.Nw.).

Damit war die Kündigung in casu rechtzeitig zugegangen. Ab 26. März 2008 hätte die eingeschriebene Sendung am Postschalter behändigt werden können. Die Beschwerdeführer hätten daher am 27. März 2008 vom Kündigungsschreiben Kenntnis nehmen können. Die Kündigung der Y SA auf den im Kanton Waadt üblichen Termin vom 1. Oktober habe mithin die gesetzliche Frist von sechs Monaten für die Kündigung eines Geschäftsmietvertrages (Art. 266d OR) gewahrt (BGE 137 III 208 E. 3.2 S. 216).

Dieser Entscheid gibt zu folgenden Bemerkungen Anlass:

a) Die Y SA hatte die Liegenschaft in der Zwangsverwertung im zweiten Aufruf gemäss Art. 142 SchKG «ohne Überbindung der Mietverhältnisse» («sans la charge des baux à loyer grevant le bien-

fonds») erworben. Das heisst indessen nicht, dass der Erwerber sofort die Ausweisung des Mieters verlangen kann. Gemäss Rechtsprechung gehen in diesem Fall die Mietverhältnisse auf den Ersteigerer über; dieser hat aber bei längerfristigen Mietverträgen ein ausserordentliches Kündigungsrecht in analoger Anwendung von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR, ohne dass er jedoch dringenden Eigenbedarf geltend machen muss. Diese Praxis wird vom Bundesgericht en passant bestätigt (BGE 137 III 208 E. 2. S. 211, unter Verweisung auf BGE 128 III 82 und 125 III 123; dazu auch KOUMBARAKIS, a. a. O., 23), und von diesem Recht hatte die Y SA Gebrauch gemacht. Daher war die Wirksamkeit der ausserordentlichen Kündigung zu prüfen.

b) aa) Die *Sonderbestimmungen über die Kündigung einer Familienwohnung* haben primär die Situation im Auge, in welcher nur ein Ehegatte Mieter ist. Dem Nichtmieterhegatten werden zu dessen besonderem Schutz Rechte eingeräumt, die er nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln nicht hätte. Bei Art. 266n OR, der die Kündigung einer Familienwohnung durch den Vermieter regelt, erschöpft sich indessen der Anwendungsbereich nicht in dieser Fallkonstellation; *diese Bestimmung gilt vielmehr auch, wenn beide Ehegatten Mieter sind* (SVIT-KOMMENTAR, Art. 266l–266o N 20; ZK-HIGI, Art. 266m–266n N 18; sinngemäss wohl auch LACHAT/THANEL, Rz. 25/3.1). Der vorliegende Fall ist ein schönes Beispiel dafür: Beide Ehegatten waren – gemäss Sachverhalt im nicht amtlich publizierten Teil des Urteils – Mieter (unzutreffend insoweit HEDIGER, a. a. O., 320 ganz oben); dennoch fand Art. 266n OR grundsätzlich Anwendung.

Die Auswirkungen sind massiv: Bei gewöhnlichen Mitmietern kann der Vermieter das Kündigungsschreiben an alle Mieter richten, wobei es aber genügt, wenn er ein einzelnes amtlich genehmigtes Formular verwendet, sofern nur alle Mieter auf dem Formular aufgeführt werden (CPRA BAIL-BOHNET/DIETSCHY, Art. 253 N 33; LACHAT/THANEL, Rz. 25/5.6; ZK-HIGI, Vorbemerkungen zu Art. 253–274g N 120; SPR-BLUMER, Rz. 838). *Bei der Miete einer Familienwohnung aber sind auch im Falle einer Mitmiete zwei getrennte Kündigungs-schreiben in getrennten, je an einen der Ehegatten adressierten Sendungen erforderlich* (LACHAT/THANEL, Rz. 25/5.6; SPR-BLUMER, Rz. 840). Da die Vermieter im vorliegenden Fall den Mietern die Kündigung nur mit einer (einzigen) Sendung, gerichtet an beide Ehegatten an ihre Adresse im Hotel-Restaurant, mitgeteilt hatten, wäre diese an sich nichtig gewesen, sofern Art. 266n OR auf einen gemisch-

ten *Geschäfts-/Wohnmietvertrag als anwendbar erklärt wird*. Letzteres hat das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Lehre (vgl. dazu die Nachweise in BGE 137 III 208 E. 2.3 S. 210) zu Recht getan. Es wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb einer Familie der spezielle mietrechtliche Schutz versagt werden sollte, nur weil das Mietobjekt auch oder gar schwergewichtig zu Geschäftszwecken genutzt wird. Nicht anwendbar ist Art. 266n OR indessen auf einen Pachtvertrag, selbst wenn zum Pachtgegenstand auch eine Familienwohnung gehört (Art. 300 OR; BGE 125 III 425; ZK-HIGI, Art. 300 N 6 und N 18). Im Einzelfall kann dies zu Problemen führen, da die Abgrenzung zwischen Geschäftsmiete und Geschäftspacht nicht immer einfach ist.

bb) In casu versagte das Bundesgericht jedoch den Beschwerdeführern wegen Rechtsmissbrauchs die Berufung auf die Nichtigkeit der Kündigung, weil diese der Ersteigerin nicht mitgeteilt hatten, dass das ursprünglich nur zu Geschäftszwecken genutzte Mietobjekt nachträglich (aber vor der Versteigerung) auch zur Familienwohnung geworden war. In der Regel darf man den von Art. 266n OR angestrebten Schutz der Familienwohnung nicht leichtthin verweigern, wenn der Mieter den Vermieter nicht darüber orientiert, dass das Mietobjekt im Verlauf des Mietverhältnisses neu (auch) als Familienwohnung genutzt wird. *Insbesondere im Interesse des zu schützenden Ehegatten ist hier die Rechtsmissbrauchsschranke hoch anzusetzen* (THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2009, 821 ff., 829 ff., unter Verweisung auf das Bundesgerichtsurteil 4C.441/2006 vom 23. März 2007). Etwas weniger hohe Anforderungen wird man allerdings stellen dürfen, wenn wie im vorliegenden Fall beide Ehegatten Mieter sind; denn diesfalls haben beide Ehegatten die vertragliche Nebenpflicht zur Orientierung des Vermieters verletzt. *Keinesfalls wird man aber annehmen können, die Berufung auf die Nichtigkeit sei regelmässig (sic!) rechtsmissbräuchlich, wenn der Mieter seine Orientierungspflicht verletzt* (so aber KOUMBARAKIS, a. a. O., 24).

Fraglich ist jedoch, ob das Bundesgericht den Rechtsmissbrauch hier zu Recht bejaht hat. Immerhin wurde das Mietobjekt bereits als Familienwohnung genutzt, als die Y SA es in der Zwangsversteigerung erwarb. Man könnte sich daher fragen, ob es für die Y SA nicht schon vor dem Erwerb hinreichend ersichtlich war, dass die Familie des Hotelbetreibers dort wohnte (a. M. DIETSCHY, a. a. O., III. A). Dass die Y SA, die ja zum Zweck hat, Hotels und Restaurants zu erwerben und

zu betreiben, die Liegenschaft vor der Zwangsversteigerung nicht be-  
sichtigt hat, ist ja kaum anzunehmen.

c) Hinsichtlich der *Fristenfrage* weist das hier besprochene Ur-  
teil verschiedene interessante Aspekte auf.

aa) Zunächst stützt man als unbefangener Leser: Wenn der  
1. Oktober – und nicht der 30. September (!) – ein gesetzlicher Kün-  
digungstermin ist, wäre die gesetzliche Frist von sechs Monaten bei  
einem Zugang der Kündigung am 1. April, wie ihn die Beschwerde-  
führer in casu geltend gemacht haben, doch gar nicht verspätet gewe-  
sen. Die Berechnung der Fristen richtet sich auch im Mietrecht nach  
den Art. 77 ff. OR (CPRA BAIL-BOHNET/DIETSCHY, Art. 266a N 27).  
Gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR gilt für die Berechnung von *Mo-  
natsfristen*, dass der *gleiche Monatstag unter Hinzuzählung der An-  
zahl Monate beibehalten wird* (BK-WEBER, Art. 77 N 25; BSK OR  
I-LEU, Art. 77 N 2; CPRA BAIL-BOHNET/DIETSCHY, Art. 266a N 27  
[«de quantième en quantième»]). Erfolgt z. B. eine Kündigung auf den  
30. September (wie offenbar im Kanton Neuenburg üblich), so hat der  
Zugang der Kündigung bei einer Dreimonatsfrist spätestens am 30. Ju-  
ni zu erfolgen (CPRA BAIL-BOHNET/DIETSCHY, Art. 266a N 49 [«VI.  
Schéma de synthèse»]; vgl. auch CR CO I-HOHL, Art. 77 N 15  
[31. März/30. Juni]). Das Bundesgericht hätte sich bei dieser Betrach-  
tungsweise sämtliche grundsätzlichen Überlegungen zur Empfangs-  
theorie sparen können.

Dogmatisch korrekt lässt sich diese Fristberechnung nur erklä-  
ren, wenn angenommen wird, dass *gemäss Lokalgebrauch in der  
Waadt der Beendigungstermin in Wirklichkeit der 30. September ist  
und der 1. Oktober als sogenannter Umzugstag betrachtet wird*, d. h.  
als vertragliche Regelung, wonach die Rückgabe des Mietobjekts nicht  
spätestens am letzten Tag des Mietverhältnisses, sondern am Tag da-  
nach zu erfolgen hat (vgl. zu dieser Problematik grundsätzlich ZK-  
HIGI, Art. 267 N 49; SVIT-KOMMENTAR, Art. 267–267a N 5; BSK OR  
I-WEBER, Art. 267 N 2a; LACHAT/ZAHNRADNIK, Rz. 31/2.1). Ob es sich  
für den Kanton Waadt so verhält, lässt sich den hier massgebenden  
Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton  
de Vaud (zu deren Massgeblichkeit BGE 137 III 208 E. 3.1.1 S. 213)  
nicht entnehmen. Praktische Überlegungen sprechen aber dafür. Denn  
andernfalls würde der 1. Oktober (ebenso wie die andern ortsüblichen  
Kündigungstermine [1. April und 1. Juli]) noch zum Mietverhältnis  
gehören, d. h. am Ende würde das Mietverhältnis mehr als einen Ka-

lendermonat dauern, was nicht sehr naheliegend wäre. Dass sich das  
Bundesgericht zu dieser für die Fristberechnung wichtigen Problema-  
tik nicht geäussert hat, ist bedauerlich, zumal offenbar in verschiede-  
nen Kantonen nicht der letzte Tag eines Monats, sondern der Folgetag  
als Rückgabetag gilt (SVIT-KOMMENTAR, Art. 267–267a N 5).

bb) Die Ausführungen des Bundesgerichts zum Zeitpunkt des  
Zugangs einer Kündigung sind sachgerecht und bringen eine wün-  
schenswerte Klarstellung, die weit über das Mietrecht hinaus gilt und  
das gesamte Privatrecht betrifft. In der Praxis, aber auch im akade-  
mischen Unterricht muss man immer wieder feststellen, dass viele  
Juristen und Studierende geneigt sind, *die aus dem Prozessrecht be-  
kannte Sieben-Tage-Regel*, vom Bundesgericht als relative Empfangs-  
theorie bezeichnet, unbesehen auf den Zugang privatrechtlicher Wil-  
lenserklärungen anzuwenden. Dem erteilt das Bundesgericht (das  
möglicherweise mit etwas unklaren Äusserungen in einem früheren  
Urteil zu diesem Missverständnis beigetragen hat [BGE 119 II 147  
E. 2 S. 149]) zu Recht eine klare Absage (gl. M. KOUMBARAKIS, a. a. O.,  
26; DIETSCHY, a. a. O., III. B; kritisch demgegenüber SPR-BLUMER,  
Rz. 829). Zustellregeln haben, wie das Bundesgericht zutreffend aus-  
führt, die Aufgabe, zwischen den Parteien eines privatrechtlichen  
Rechtsverhältnisses einen angemessenen Interessenausgleich herzu-  
stellen. *Würde die aus dem Prozessrecht bekannte Regel auf den Zu-  
gang privatrechtlicher Willenserklärungen angewandt, so hätte dies  
zur Folge, dass der Absender stets vorsichtshalber eine zusätzliche  
Frist von sieben (oder gar noch etwas mehr) Tagen einrechnen müss-  
te, um sicher zu sein, dass seine Erklärung fristgerecht beim Adres-  
saten eintrifft* (so auch SPR-BLUMER, Rz. 828). Eine solch generelle  
massive Risikoverlagerung zu Ungunsten des Erklärenden wäre nicht  
angemessen. Dem Bundesgericht ist daher zuzustimmen, dass sich die  
Anwendung der relativen Empfangstheorie im materiellen Recht nur  
ausnahmsweise rechtfertigt, *nämlich wenn es um ganz besonders  
wichtige Fragen geht und gleichzeitig die zur Verfügung stehende  
Frist, wie z. B. die Zehn-Tage-Frist von Art. 269d Abs. 1 OR oder die  
Dreissig-Tage-Frist von Art. 257d OR, verhältnismässig kurz ist* (sinn-  
gemäss ebenso SPR-BLUMER, Rz. 828). Solche Fallkonstellationen  
haben eine gewisse Ähnlichkeit mit prozessualen Situationen. Auf  
Kündigungen, wo immerhin mehrmonatige Fristen zur Diskussion  
stehen, trifft dies indessen nicht zu, soweit die Wahrung der Kündi-  
gungsfrist betroffen ist.

Anders verhält es sich mit der Frage, wann die dreissigtägige Verwirklichungsfrist für die Anfechtung einer Kündigung (Art. 273 Abs. 1 OR) oder für das Einreichen eines Erstreckungsbegehrens (Art. 273 Abs. 2 lit. a OR) zu laufen beginnt. Für den Beginn dieser Frist muss – da sie einen engen Bezug zum Prozessrecht hat – nach zutreffender herrschender Lehre die relative Empfangstheorie gelten (FRANÇOIS BOHNET, Les termes et délais en droit de bail à loyer, S.26 f. [abrufbar unter [http://www.bail.ch/fileadmin/media/pdf/seminaires\\_precedents/2004/Bohnet2004.pdf](http://www.bail.ch/fileadmin/media/pdf/seminaires_precedents/2004/Bohnet2004.pdf)]; BSK OR I-WEBER, Art. 273 N 3a, m. w. Nw.; SVIT-KOMMENTAR, Art. 273 N 19; LACHAT/THANEL, Rz. 25/6.5; neuerdings auch SPR-BLUMER, Rz. 965, und CHK-P. HEINRICH, Art. 266–266f N 2; a. M. ZK-HIGI, Art. 273 N 45 ff.). Die *Rechtzeitigkeit des Zugangs einer Kündigung und der Beginn der Verwirklichungsfrist für die Kündigungsanfechtung oder für die Einreichung eines Erstreckungsbegehrens beurteilen sich somit nicht nach derselben Theorie*. Ein höchstrichterlicher Entscheid zu dieser Frage existiert allerdings soweit ersichtlich noch nicht.

cc) Bei einer Kündigung gestützt auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR, wie sie in casu zur Diskussion stand, kommt ein weiterer Umstand hinzu, der gegen eine Anwendung der relativen Empfangstheorie spricht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem Erwerber oder dem Ersteigerer diese ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit nur auf den *ersten gesetzlichen Termin zu, auf den nach dem Übergang des Mietverhältnisses unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt werden kann*. Verpasst der neue Eigentümer diesen Termin, so hat er dieses Kündigungsrecht verwirkt; es bleibt ihm dann nur noch eine Kündigung nach den vertraglichen Regeln (vgl. dazu – noch unter der Herrschaft des bis am 30. Juni 1990 geltenden Mietrechts – BGE 108 II 190, spez. E. 3 S. 193 unten; zum aktuellen Mietrecht SVIT-KOMMENTAR, Art. 261–261a N 18; LACHAT/SPRIG, Rz. 27/4.3.4; ZK-HIGI, Art. 261–261a N 32; CHK-P. HEINRICH, Art. 261–261b N 7). Dies gilt selbst dann, wenn der Eigentumsübergang am letzten Tag erfolgt, an dem die Frist zu laufen beginnen muss. Die Kündigung hat dann zwingend noch am selben Tag wirksam zu erfolgen (siehe dazu BGE 108 II 190: Eigentumserwerb am 31. März 1980; nächster ortstüblicher Termin am 30. Juni 1980; die Kündigung hätte noch am 31. März 1980 erfolgen müssen), *d. h. sie muss dann nicht nur sofort ausgesprochen werden, sondern sie muss dem Mieter auch noch rechtsgültig zugehen*. Wäre im vorliegenden Fall z. B. der

Zuschlag in der Zwangsverwertung am 31. März 2008 erfolgt (zur Massgeblichkeit des Zeitpunktes des Zuschlages für den Übergang des Mietverhältnisses siehe BGE 128 III 82 E. 1a S. 84), so hätte die Y SA noch am selben Tag für den Zugang der Kündigung besorgt sein müssen. In einer solchen Situation würde die Anwendung der Sieben-Tage-Regel zu einem absurden Ergebnis führen.

V. Indexierter Mietzins bei stillschweigender Vertragsverlängerung; Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 269b und Art. 270c OR; Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG)

BGE 137 III 580 (4A\_314/2011) = *Pra* 2012 Nr. 51

S. 355 ff. = *mp* 2012, 63 ff. = *SJ* 2012 I 177 ff. = *JdT* 2012 II 107 ff., 115

Am 11. Februar 2004 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über eine Fünfstückerwohnung in Genf für die Dauer von fünf Jahren, d. h. vom 1. März 2004 bis 28. Februar 2009. Er enthält eine Klausel, der zufolge sich der Vertrag jeweils stillschweigend um weitere fünf Jahre verlängert, sofern nicht eine Partei kündigt. Der Mietzins ist an den Landesindex der Konsumentenpreise gekoppelt, wobei eine Mietzinsänderung höchstens einmal alle zwölf Monate möglich ist. Als Referenzindex ist im Vertrag derjenige vom 31. Januar 2004 angegeben. Auf den 1. November 2007 erhöhte die Vermieterin den Mietzins unter Hinweis auf die Entwicklung des Landesindexes der Konsumentenpreise vom 31. Januar 2004 bis 31. August 2007.

Da keine der Parteien den Vertrag kündigte, verlängerte er sich für die Dauer vom 1. März 2009 bis 28. Februar 2014. Auf den 1. November 2009 teilte die Vermieterin eine erneute Mietzinsanhebung mit, die sie mit der Erhöhung des Landesindexes der Konsumentenpreise vom 31. August 2007 bis 31. August 2009 begründete. Die Mieter fochten diese Mietzinsanhebung gestützt auf Art. 270c OR an. Sie machten im Wesentlichen geltend, die Vermieterin habe bei der Vertragsverlängerung keine Mietzinsanhebung angekündigt. Sie habe damit zu erkennen gegeben, dass der Mietzins in diesem Zeitpunkt angemessen gewesen sei. Die Indexierung müsse daher für die Zu-



kunft von der Vertragsverlängerung an berechnet werden. Die Mietzinserhöhung sei demgemäss gestützt auf die Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise seit Februar 2009 zu ermitteln. Mit dieser Argumentation hatten die Mieter vor der ersten kantonalen Instanz Erfolg, nicht aber vor der zweiten Instanz und vor Bundesgericht (vgl. zu diesem Urteil die Kurzbesprechung von PHILIPPE CONOD, Newsletter janvier 2012 du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bail-rets/12\\_Janvier\\_commentaire\\_4A\\_314-2011\\_PC\\_01.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bail-rets/12_Janvier_commentaire_4A_314-2011_PC_01.pdf)], und den Hinweis bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/12, 48 ff., 55).

Im Streit stand eine Mietzinserhöhung von Fr. 30.– pro Monat bzw. Fr. 360.– pro Jahr. Der gestützt auf Art. 51 Abs. 4 BGG berechnete Streitwert betrug daher bloss Fr. 7200.– (Fr. 360.– x 20) und lag mithin deutlich unter der Streitwertgrenze von Fr. 15 000.– gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG. Auf die Beschwerde in Zivilsachen konnte das Bundesgericht daher nur eintreten, indem es eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) bejahte. Zunächst rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss ständiger Rechtsprechung nur sehr zurückhaltend anzunehmen sei. Es müsse sich um eine Frage handeln, die unstritten sei und dringend einer höchstgerichtlichen Klärung bedürfe, um die einheitliche Anwendung des Bundesrechts zu gewährleisten. Diese Voraussetzungen waren gemäss Bundesgericht in casu erfüllt. Die konkret zu beurteilende Rechtsfrage sei von kantonalen Gerichten unterschiedlich und vom Bundesgericht noch nie beurteilt worden. Eine gefestigte Lehre dazu bestehe nicht. Zudem könne sich die Frage jederzeit wieder stellen, wobei aber der Streitwert von Fr. 15 000.– kaum je erreicht werden dürfte (BGE 137 III 580 E. 1.1 S. 582 f.).

Einmal mehr hat damit das Bundesgericht im Mietrecht die Ausnahmebestimmung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG angewandt (vgl. auch BGE 137 I 135 und dazu vorn Ziff. I; früher etwa BGE 134 III 267 und dazu THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2010, 57 ff., 60, sowie BGE 133 III 645 und dazu THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2009, 821 ff., 851). Es hat so erneut in einem der sozial besonders sensiblen Bereiche des Privatrechts, zu denen neben dem Mietrecht insbesondere auch das Arbeitsrecht und das Konsumenten-AGB-Recht gehören, eine Rechtsfrage von grund-

sätzlicher Bedeutung verortet (siehe zum Arbeitsrecht etwa BGE 136 I 290 und dazu THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, ZBJV 2012, 405 ff., 414, m.Nw.; zum Konsumenten-AGB-Recht grundlegend BGE 135 III 1). *Insgesamt erweist sich auf diese Weise der verfahrensrechtliche Rechtsschutz im Mietrecht als sehr stark ausgebaut*: In Kündigungssachen und bei Streitigkeiten um Mietzinserhöhungen wird die Streitwertgrenze von Fr. 15 000.– wegen der besonderen Art der Streitwertberechnung relativ rasch erreicht (vgl. zur Streitwertberechnung in Kündigungssachen BGE 137 III 389 und dazu vorn Ziff. III; zur Streitwertberechnung bei Mietzinserhöhungen BGE 121 III 397 E. 1 S. 399; 118 II 422 E. 1 S. 424, m.Nw.; BSK-BGG-RUDIN, Art. 51 BGG N 61), und in allen andern Fällen besteht – jedenfalls wenn eine Frage höchststrichterlich noch nicht geklärt ist – eine gute Chance, dass das Bundesgericht auf die Beschwerde in Zivilsachen gestützt auf Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG eintreten wird, vorausgesetzt natürlich, dass der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift hinreichend ausführt, warum die Voraussetzungen dafür erfüllt sind (Art. 42 Abs. 2 BGG). Damit kann unser Höchstgericht über weite Strecken für eine gesamtschweizerisch einheitliche Anwendung des Mietrechts sorgen. Die Bedeutung dieses ausgebauten prozessualen Rechtsschutzes für das materielle Mietrecht kann daher nicht hoch genug eingeschätzt werden. Eine ganz andere Frage ist es, ob und inwieweit die Betroffenen, insbesondere die Mieter, von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Ganz offenkundig nehmen nicht alle Landesteile diesen umfassenden höchstgerichtlichen Rechtsschutz in gleichem Masse wahr, sind doch im Mietrecht seit Jahrzehnten die französischsprachigen Fälle vor Bundesgericht weit überproportional vertreten.

In materieller Hinsicht führte das Bundesgericht aus, die stillschweigende Verlängerung eines Mietvertrages sei *eher Ausdruck der Kontinuität der Vertragsbeziehung denn einer Zäsur*. Würde man der Auffassung der Beschwerde führenden Mieter folgen, so könnte sich keine der Vertragsparteien auf eine Indexveränderung berufen, welche zwischen der letzten Mietzinsanpassung und dem Ende der vorangegangenen Mietperiode von fünf Jahren eingetreten sei. Damit würde eine *Indexierungslücke* entstehen («Il y aurait donc une brèche dans l'indexation.»). Die Vermieterin sei weder von Gesetzes wegen noch gestützt auf eine vertragliche Klausel zu einer Mietzinsanpassung auf das Ende der ersten Fünfjahresmietperiode gehalten gewesen. Sie habe den Mietzins während der ersten fünf Jahre nur einmal erhöht



und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie den Mietzins nur anpassen wolle, wenn die Indexänderung hinreichend bedeutend sei. Diese Vorgehensweise sei vernünftig und es sei nicht einzusehen, warum man die Vermieterin zwingen sollte, den Mietzins auch noch auf das Ende einer Fünfjahresperiode anzupassen. Und dann kommt die entscheidende treffende Aussage (*«joliment»*), wie CONOD, a. a. O., es umschreibt: «Ils [= les locataires] ne pouvaient en revanche pas sérieusement s'imaginer que la bailleur leur faisait cadeau de l'indexation entre la dernière fixation de loyer et la fin de la première période de cinq ans» (BGE 137 III 580 E. 2 S. 585).

Vom *Ergebnis her* ist dem nichts beizufügen (zustimmend auch CONOD, a. a. O., und implizit wohl ebenso BEAT ROHRER, MRA 2012, 1 ff., 13 f.): Man kann in einer Situation wie der vorliegenden als Mieter nach Treu und Glauben wirklich nicht annehmen, der Vermieter habe bei der *stillschweigenden Vertragsverlängerung* eine Indexierungslücke gewollt, und es wäre auch nicht sachgerecht, dem Vermieter eine solche Indexierungslücke aufzwingen zu wollen. Dem Prinzip der *Indexkontinuität* muss allerdings auch in andern Fallkonstellationen Rechnung getragen werden. In der Praxis kommt es bisweilen vor, dass der Vermieter bei *ausdrücklichen Vertragsverlängerungen* im neuen Vertrag den Referenzindex kaschiert mit dem Ziel «zurückstellt», sich ein künstliches Mietzinserhöhungspotenzial zu verschaffen. Geschäftsunerfahrene Mieter werden diesen Mechanismus in aller Regel bei der Vertragserneuerung nicht durchschauen. Solch hinterhältigen Manipulationen ist der Rechtsschutz selbstverständlich ebenfalls zu versagen.

Fraglich ist indessen, welche Auswirkungen dieses Urteil auf eine andere Fragestellung im Zusammenhang mit indexierten Mietverträgen haben wird:

a) Die Mietzinsindexierung ist nur erlaubt, wenn der Mietvertrag für mindestens fünf Jahre abgeschlossen wird (Art. 269b OR). Enthält ein Mietvertrag eine gültige Indexklausel, so ist die Vereinbarung weiterer Erhöhungsfaktoren – ausser wegen Mehrleistungen des Vermieters – ausgeschlossen (BGE 124 III 57 E. 3a S. 58 f.). Wird der Vertrag nach Ablauf der festen Dauer auf unbestimmte Zeit oder für weniger als fünf Jahre verlängert, so können sich die Parteien nicht mehr auf die Indexklausel berufen (BGE 123 III 76 E. 4a S. 77 f., m.Nw.). Im Gegenzug können beide Parteien auf den Ablauf der fünfjährigen Vertragsdauer hin eine Überprüfung des Mietzinses nach der

absoluten oder nach der relativen Methode verlangen (BGE 123 III 76 E. 4c S. 80 ff.; vgl. dazu etwa ROHRER, a. a. O., 11, m.Nw.; BSK OR I-WEBER, Art. 269b N 7; CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 269b N 33 ff.).

b) Wird der Vertrag dagegen um mindestens fünf Jahre verlängert, so hat die Indexklausel – wie der besprochene Entscheid sehr schön zeigt – weiterhin Gültigkeit (vgl. dazu bereits BGE 124 III 57 E. 3b S. 60, m.Nw.; CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 269b N 33). In einem solchen Fall stellt sich nun die Frage, ob die Parteien auf den Zeitpunkt der Vertragsverlängerung hin ebenfalls eine Mietzinsanpassung nach der relativen oder absoluten Methode verlangen können. Im Urteil 4A\_489/2010 und 4A\_531/2010 vom 6. Januar 2011 hat das Bundesgericht dies bejaht, ohne sich allerdings grundsätzlich mit der Problematik auseinanderzusetzen. Dieses Urteil steht in einem gewissen Wertungswiderspruch zum hier diskutierten Entscheid, *der sich klar gegen eine Indexierungslücke und für die Indexkontinuität ausspricht* («... sans que l'on puisse discerner dans leur intention la moindre rupture...» [BGE 137 III 580 E. 2 S. 585]). Zum Prinzip der Indexkontinuität passt es schlecht, dass die Parteien auf den Verlängerungszeitpunkt hin andere Mietzinsänderungsgründe sollen geltend machen dürfen (im gleichen Sinn ROHRER, a. a. O., 12 ff.; ähnlich auch ANDREAS MAAG, MRA 2011, 87 ff., 95 f., in seiner Besprechung des Urteils 4A\_489/2010 und 4A\_531/2010 vom 6. Januar 2011). Eine Überprüfung des Mietzinses nach der absoluten oder der relativen Methode macht im Grunde nur Sinn, wenn die Indexklausel nach der Vertragsverlängerung nicht mehr gilt (ähnlich MAAG, a. a. O., 96; insoweit unkritisch zum früheren Entscheid demgegenüber CHK-P. HEINRICH, Art. 269b N 4a, und FRANÇOIS BOHNET/NICOLAS PELLATON, Newsletter mars 2011 du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel [abrufbar unter [http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets\\_bail/Arret\\_du\\_mois/11\\_mars\\_Commentaire\\_TF\\_4A-489-2010.pdf](http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/Arret_du_mois/11_mars_Commentaire_TF_4A-489-2010.pdf)]; vgl. ebenso den kommentarlosen Hinweis bei BRUNO HEDIGER, SJZ 2012, 317 ff., 322 f.). Warum auch bei unterbrochenem Fortdauern der Indexierung jede der Parteien zwischen durch die Möglichkeit haben soll, gleichsam «den Zähler wieder auf null zu stellen» (zum Ausdruck siehe BOHNET/PELLATON, a. a. O. [«remettre les compteurs à zéro»]), ist nicht recht einsehbar. Die Zukunft wird weisen müssen, ob das Bundesgericht dies bei einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dem Problem auch so sehen wird (so jedenfalls die Hoffnung von ROHRER, a. a. O., 14).

VI. Wechsel von im Mietzins unbegriffenen zu separat zu bezahlenden Nebenkosten im laufenden Mietverhältnis; Formularzwang; Detaillierung der Begründung (Art. 269d OR; Art. 19 VMWG)

*BGE 137 III 362 (4A\_136/2011) = Pra 2012 Nr. 5 S. 27 ff. = mp 2011, 301 ff. = DB 2011, 34 ff. = SJ 2011 I 446 ff. = JdT 2012 II 107 ff., 115 f. = JdT 2011 II 388 ff.*

Im seit 1981 bestehenden Mietvertrag über eine Vierzimmerwohnung in Genf waren die Nebenkosten mit Ausnahme der Heizkosten im Mietzins unbegriffen. Im Jahr 2008 wollte die Vermieterin X einen Systemwechsel vornehmen und den Mietern künftig sämtliche Nebenkosten separat nach effektivem Verbrauch belasten. Mit offiziellem (vom Kanton genehmigtem) Formular gemäss Art. 269d OR teilte die Vermieterin den Mietern, so auch dem Y, diesen Wechsel mit. Dabei listete die Vermieterin im Formular unter anderem eine grosse Fülle von in Zukunft (neben den Heizkosten) separat zu bezahlenden Nebenkosten auf und setzte den entsprechenden Akontobetrag auf Fr. 1728.– pro Jahr bzw. Fr. 144.– pro Monat fest. Im Gegenzug senkte die Vermieterin den Mietzins um Fr. 2448.– pro Jahr bzw. Fr. 204.– pro Monat. Diese Mietzinsherabsetzung begründete sie einerseits mit der Senkung des Mietzinses um 4,62% (= Fr. 720.– pro Jahr bzw. 60.– pro Monat) wegen Veränderung der relativen Kriterien für die Mietzinsberechnung (Erhöhung des Landesindex der Konsumentenpreise und der allgemeinen Kosten; Senkung des Hypothekenzinssatzes) und andererseits mit der Einführung des neuen Nebenkostensystems, die eine proportionale Reduktion des Mietzinses zur Folge habe («moyennant une réduction proportionnelle du nouveau loyer»).

In der Folge wehrte sich Y gegen den Systemwechsel bei den Nebenkosten, verlangte aber – was im späteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr umstritten war – eine Mietzinssenkung von 4,62%. Damit hatte er vor beiden kantonalen Gerichtsstanzungen Erfolg. Die X drang mit ihrer Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht nicht durch (vgl. zu diesem Urteil die Besprechungen von MARINO MONTINI, DB 2011, 34 ff., und Newsletter août 2011 du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel [abrufbar unter [Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011](http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/Arret_du_mois/11_Aout_</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

commentaire\_4A-136-2011.pdf], sowie die Hinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRG, plädoyer 3/2012, 48 ff., 55 f., und bei BRUNO HEDIGER, SJZ 2012, 317 ff., 317).

Die Beschwerde führende Vermieterin machte eine Verletzung von Art. 19 VMWG geltend. Die Vorinstanz habe zu Unrecht verlangt, dass im Formular der Betrag für jede Nebenkostenposition hätte aufgeführt werden müssen und dass die Angaben im Formular einen Vergleich zwischen den bisher im Nettomietzins unbegriffenen Nebenkosten und den neu separat in Rechnung gestellten Nebenkosten hätten ermöglichen müssen. Das sei nicht nur unpraktikabel, sondern auch gesetzwidrig. Aus Art. 20 VMWG, der dem Mieter gestatte, im Falle einer Mietzinserhöhung wegen Kostensteigerung oder wegen wertvermehrender Verbesserungen vom Vermieter eine zahlenmässige Begründung zu verlangen, müsse ein contrario geschlossen werden, dass genaue Berechnungen nicht schon auf dem Formular erforderlich seien. Aufgrund der vor der ersten kantonalen Instanz ins Recht gelegten Dokumente sei der Mieter in casu hinreichend über die Berechnung der Nebenkosten informiert worden.

Dem erteilte das Bundesgericht eine klare Absage. Gemäss Rechtsprechung schreibe Art. 269d OR eine qualifizierte Schriftform vor, die auch die Begründung der angekündigten Änderung umfasse. Informationen, die auf andere Weise mitgeteilt würden, könnten die Begründung auf dem Formular oder auf einem Begleitschreiben gemäss Art. 19 Abs. 1 bis VMWG präzisieren und zu deren Interpretation dienen, nicht aber diese Begründung ausweiten oder eine fehlende Begründung ersetzen. Die Begründung müsse genau sein; sie müsse es dem Mieter ermöglichen, die Tragweite und die Berechnung der angekündigten Änderung zu erfassen, damit er zuverlässig abschätzen könne, ob eine Anfechtung angebracht sei oder nicht. Die Begründung sei ungenügend, wenn nicht angegeben werde, welche bisher im Mietzins unbegriffenen Kosten den künftig separat in Rechnung gestellten Kosten entsprechen würden. Der Mieter könne sich nur eine Vorstellung über die Tragweite der Änderung machen, wenn er von den vom Vermieter bisher ausgegebenen Beträgen Kenntnis erhalte, die neu getrennt verrechnet werden sollen. Daher seien nicht nur detailliert jene Nebenkosten aufzuführen, die künftig direkt dem Mieter belastet würden, sondern es müsse auch dargelegt werden, welche Auswirkungen die Ausgliederung der Nebenkosten auf die Mietzinsgestaltung habe. Der Mieter müsse in die Lage versetzt werden, festzustellen, ob

die neue Akontozahlung den effektiven Kosten entspreche beziehungsweise *ob der Mietzins erhöht werde*. Eine einseitige Vertragsänderung, welche nicht oder nicht hinreichend begründet sei, sei nichtig (BGE 137 III 362 E. 3.2.1 S. 364 ff., mit Verweisung auf BGE 121 III 6 und 121 III 460).

In casu erachtete das Bundesgericht die Begründung der Vermieterin – in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen – nicht als genügend. Insbesondere ermögliche der blosser Hinweis im Formular, der Mietzins werde proportional zu den neuen Akontozahlungen reduziert, dem Mieter nicht, die bisher im Mietzins inbegriffenen Nebenkosten mit den neu separat in Rechnung gestellten Nebenkosten zu vergleichen. Zwar sei es nicht möglich, künftige Nebenkosten genau zu beziffern, aber der Mieter müsse zumindest über die Kosten orientiert werden, die bisher angefallen seien. Zudem sei mit der Begründung im Formular nicht feststellbar, ob im Vergleich zu den bisher im Mietzins eingeschlossenen Nebenkosten neue Nebenkosten eingeführt würden. Die Anzeige der X habe es daher dem Mieter nicht gestattet, abzuschätzen, ob die einseitige Vertragsänderung wirtschaftlich neutral sei oder ob sie eine Mietzinserhöhung beinhalte (BGE 137 III 362 E. 3.3 S. 366 f.).

Ein Systemwechsel bei den Nebenkosten im laufenden Mietverhältnis ist nicht einfach. Dies hat schon BGE 121 III 460 eindrücklich gezeigt, und das hier besprochene Urteil bringt das Problem nochmals mit aller Deutlichkeit zum Bewusstsein. Abweichend von allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien kann zwar der Vermieter bei der Wohn- und Geschäftsraummiete grundsätzlich einen solchen Systemwechsel durch einseitige Erklärung – unter Verwendung des Formulars gemäss Art. 269d OR – herbeiführen (Art. 269d Abs. 3 OR). *Dies dient allerdings dem Schutz des Mieters, der sich gestützt auf Art. 270b Abs. 2 OR durch Anfechtung bei der Schlichtungsbehörde gegen die Änderung zur Wehr setzen kann*. Denn eine andere Möglichkeit zum Systemwechsel hat der Vermieter nicht; eine *Änderungskündigung bleibt ihm versagt* (Art. 271a lit. b OR; BGE 121 III 460 E. 2a bb S. 462). Veränderungen der Umstände sind für einen Systemwechsel zwar nicht erforderlich; der Vermieter kann ihn jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin hin realisieren (BGE 121 III 460 E. 3 S. 463 f.), sofern nur die Anzeige der Änderung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist – unter Beachtung der relativen Empfangstheorie (BGE 137 III 208 E. 3.1.3 S. 214 f., m.Nw., und da-

zu vorn Ziff. IV) – dem Mieter zugeht. Aber der Systemwechsel muss (selbstverständlich) begründet werden (Art. 269d Abs. 1 OR), und dieses Begründungserfordernis hat es in sich. Denn die Begründung hat nicht nur *klar* zu sein (Art. 19 lit. b VMWG), sondern – wie der diskutierte Entscheid zeigt – *auch ausserordentlich detailliert*.

Auf den ersten Blick erscheint das Urteil als sehr streng. Der Vermieter muss eine Fülle von (unter Umständen aufwändig zu ermittelnden) Fakten liefern, die in aller Regel auf dem Formular gar keinen Platz finden werden. Das wird praktisch durchwegs ein Begleitschreiben erfordern, auf welches im Formular ausdrücklich hinzuweisen ist (Art. 19 Abs. 1bis VMWG). Auf die Angabe von Zahlen wird man dabei nicht verzichten können (MONTINI, DB 2011, 35 Ziff. 7 [mit dem Vorschlag, für jeden Posten sei die Höhe aufgrund des Durchschnitts der drei vergangenen Jahre zu ermitteln]; DERS., Newsletter, a. a. O.; CHK-P. HEINRICH, Art. 269d N 9; problematisch und wohl nicht genügend daher der Vorschlag in SVIT-KOMMENTAR, Art. 269d N 68). Bei näherer Betrachtung erweist sich indessen die strenge höchstrichterliche Praxis als sachgerecht (gl. M. MONTINI, DB 2011, 35; DERS., Newsletter, a. a. O.). Ohne detaillierte Informationen über die Höhe der bisher im Mietzins inbegriffenen, künftig aber ausgliederten Nebenkosten kann der Mieter nicht abschätzen, ob der neu zu bezahlende Akontobetrag hinreichend hoch ist. *Senkt der Vermieter den Mietzins um den Akontobetrag, ist dieser aber zu niedrig, so führt der Systemwechsel zu einer verdeckten Mietzinserhöhung*. Verdeckte Mietzinserhöhungen sollen zu Recht verhindert werden. Das Urteil ist damit dem *Transparenzgebot* verpflichtet, einem Gebot, welchem das Bundesgericht sonst leider nicht in allen Bereichen des Mietrechts – insbesondere im Zusammenhang mit Nebenkosten – hinreichend Nachachtung verschafft (positiv etwa BGE 135 III 591 [dazu THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, ZBJV 2011, 294 ff., 298 ff.]; negativ dagegen BGE 132 III 24 [dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2007, 831 ff., 832 ff.]).

Gemäss Bundesgericht hat eine ungenügende Begründung des Systemwechsels die *Nichtigkeit* der Anzeige zur Folge (d. h. diese ist «inhaltsnichtig» [KUKO OR-WALTER, Art. 269d NI0]). Das wird in der Lehre zum Teil mit dem Argument kritisiert, Art. 269d Abs. 2 lit. b OR sehe die Nichtigkeit nur vor, wenn eine Begründung fehle, nicht aber, wenn sie zwar vorhanden, aber unklar sei; richtigerweise sei bloss *Anfechtbarkeit* anzunehmen (BSK OR I-WEBER, Art. 269d

N 7b; SVIT-KOMMENTAR, Art. 269d N 35 f.). Die Nichtigkeit kann der Mieter – unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – jederzeit geltend machen (was ihm auch die Rückforderung des zu viel Geleisteten innerhalb der kondiktionsrechtlichen Verjährungsfristen [Art. 67 OR] ermöglicht); eine Anfechtung ist nicht erforderlich. Da jedoch im Einzelfall oft nicht leicht abschätzbar ist, ob die Begründung hinreichend ist, empfiehlt es sich für den Mieter vorsichtshalber, binnen der dreissigstägigen Frist von Art. 270b OR die Schlichtungsbehörde anzurufen (LACHAT/DÖRFLINGER, Rz. 17/3.2.2), wie dies der Mieter in casu getan hat. Dass im Falle der Nichtigkeit dogmatisch gesehen ein *negatives Feststellungs-* statt ein *Anfechtungsbegehren* vorliegt, ändert nichts an der Berechtigung des Mieters zur Prozesseinleitung; sein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Streitfrage (Art. 59 Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 88 ZPO) ist offenkundig gegeben. Für die Schlichtungsbehörde ergibt sich aber – zumindest theoretisch – ein prozessuales Problem: *Kommt keine Einigung zustande, so muss sie im Anfechtungsverfahren dem Vermieter die Klagebewilligung erteilen* (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO), womit dieser die Fortsetzungslast trägt, *in allen übrigen Verfahren aber, und damit wörtlich genommen auch in einem Feststellungsverfahren des Mieters*, dem Kläger (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Praktisch ist diese Unterscheidung indes nicht handhabbar, zumal die Schlichtungsbehörde vielfach nicht in der Lage sein wird, verlässlich zu beurteilen, ob Nichtigkeit oder blosser Anfechtbarkeit vorliegt. Sachgerechterweise sollte die Schlichtungsbehörde daher stets nur dem Vermieter die Klagebewilligung ausstellen. Macht der Vermieter von ihr Gebrauch, so kann der Mieter vor Gericht die Nichtigkeit als Einwendung vorbringen. Erhebt der Vermieter keine Klage, so hat der Mieter kein schutzwürdiges Interesse an eigenständiger gerichtlicher Feststellung der Nichtigkeit; denn der Vermieter, der das Verfahren nicht prosequiert, hat seinen allfälligen Anpassungsanspruch auf den entsprechenden Kündigungstermin hin verwirkt (KUKO OR-WALTER, Art. 270b N 3; BSK OR I-WEBER, Art. 270b N 4).

VII. Fehlende Verwendung des von einem Kanton vorgeschriebenen Formulars beim Abschluss des Mietvertrages; rechtsmissbräuchliche Berufung der Mieter auf den Formmangel; keine Missbräuchlichkeit der ordentlichen Kündigung wegen fortlaufend schleppender Zahlungen des Mietzinses (Art. 270 Abs. 2 und Art. 271 Abs. 1 OR; Art. 2 Abs. 2 ZGB)

BGE 137 III 547 (4A\_305/2011) = *Pra* 2012 Nr. 40  
S. 287 ff. = *mp* 2012, 55 ff. = *JdT* 2012 II 107 ff., 112 f. =  
*JdT* 2012 II 187

Die Parteien schlossen am 22. Juli 2007 einen Mietvertrag über eine Villa für die Dauer vom 1. September 2007 bis 1. September 2008, mit stillschweigender Verlängerung um jeweils ein Jahr, falls nicht mindestens drei Monate vor Vertragsende eine Kündigung erfolgt. Dabei unterliess es Vermieter X, den Anfangsmietzins auf dem im Kanton Waadt vorgeschriebenen Formular anzugeben. In der Folge zahlten die Mieter Y und Z den Mietzins verschiedentlich mit Verspätungen, die zum Teil mehrere Tage ausmachten. Am 19. Januar 2010 kündigte X den Vertrag auf den 1. September 2010. Als Grund für die Kündigung machte er zur Hauptsache die verschiedenen Zahlungsverzögerungen geltend. Y und Z fochten die Kündigung an, hatten vor der Schlichtungsbehörde aber keinen Erfolg. Im anschliessenden Instanzenzug dagegen gaben die beiden kantonalen Gerichte den Mietern Recht. Zur Begründung führten sie an, da der Anfangsmietzins nicht auf dem vorgeschriebenen Formular mitgeteilt worden sei, sei dieser nicht gültig vereinbart worden. Die Mieter hätten daher mit der Zahlung des Mietzinses nicht in Verzug geraten können. Der vom Vermieter als Motiv für die Kündigung angegebene Grund existiere somit nicht. Vermieter X erhob mit Erfolg eine Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht (vgl. zu diesem Urteil die Besprechungen von SILVIA EGGENSCHWILER SUPPAN, Jusletter vom 19. März 2012, und von PHILIPPE CONOD, Newsletter décembre 2011 du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel [abrufbar unter [http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets\\_Arret\\_du\\_mois/11\\_Decembre\\_commentaire\\_4A\\_305-2011\\_PC.pdf](http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_Arret_du_mois/11_Decembre_commentaire_4A_305-2011_PC.pdf)], sowie die

Hinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/12, 48 ff., 53 und 54, und bei BRUNO HEDIGER, SJZ 2012, 317 ff., 320).

Das Bundesgericht führte zunächst aus, dass in casu nicht eine Zahlungsverzugskündigung gestützt auf Art. 257d OR, also eine ausserordentliche Kündigung, im Streit stehe, sondern eine *ordentliche Kündigung*. Sodann sei unbestritten, dass kein Sondertatbestand nach Art. 271a OR erfüllt sei; zu prüfen sei daher nur, ob die *angefochtene Kündigung im Sinne der Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR gegen Treu und Glauben verstosse* (nicht amtlich publizierte E. 2.1 des Urteils). Der Vermieter habe die Kündigung mit den mehrfachen Verzögerungen bei der Zahlung des Mietzinses begründet, die für ihn sehr lästig gewesen seien, da er seinerseits Hypothekarzinsen habe bezahlen müssen. Bei einem Dauervertrag wie dem Mietvertrag sei jede Partei zur ordentlichen Kündigung berechtigt, ohne dass es nötig sei, einen besonders schweren Grund anzurufen («... d'invoquer un motif particulièrement grave»). *Damit eine Kündigung nicht gegen Treu und Glauben verstosse, genüge es, dass sie auf einem legitimen Interesse beruhe*. Es sei verständlich, dass der Vermieter pünktliche Zahlungen des Mietzinses erwarte. Im vorliegenden Fall verstosse die Vertragsauflösung daher aus dem vom Vermieter angegebenen Kündigungsgrund nicht gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR (nicht amtlich publizierte E. 2.2 des Urteils).

Zum Umstand, dass der Vermieter bei Vertragsschluss den Anfangsmietzins nicht auf dem vom Kanton Waadt gestützt auf Art. 270 Abs. 2 OR vorgeschriebenen Formular angegeben hatte, nahm das Bundesgericht wie folgt Stellung: Das Privatrecht sehe keine amtliche Mietzinskontrolle vor. Der Mieter könne allerdings den Anfangsmietzins als missbräuchlich anfechten. Aber er müsse die Initiative ergreifen, und zwar um der Rechtssicherheit willen strikt binnen einer Frist von 30 Tagen (Art. 270 OR). *Unterlasse der Mieter die fristgerechte Anfechtung, so gelte der Anfangsmietzins als von ihm akzeptiert*. Das hier in Frage stehende Formular bezwecke, den Mieter über die Anfechtungsmöglichkeit zu informieren. *Werde das Formular vom Vermieter nicht verwendet, obwohl es obligatorisch sei, so habe dies nicht die Nichtigkeit des Mietvertrages zur Folge, sondern beeinflusse* («influe») *nur den von den Parteien festgelegten Mietzins*. Der Mieter dürfe keinen Nachteil erleiden, weil ihm die notwendigen Informationen für die Anfechtung des Anfangsmietzinses gefehlt hätten. *Von dem Zeitpunkt an, in dem er über die notwendigen Informationen*

*verfüge, müsse er unverzüglich handeln*. Im vorliegenden Fall hätten die Mieter im laufenden Verfahren durch ihren Anwalt Kenntnis vom Formmangel erhalten. Dennoch hätten sie den Anfangsmietzins nicht vor der Schlichtungsbehörde angefochten und sie hätten im laufenden Verfahren auch nie geltend gemacht, der Anfangsmietzins sei missbräuchlich. Die Situation sei dieselbe, wie wenn der Vermieter bei Vertragsschluss das Formular verwendet hätte. *Der Formfehler beim Vertragsschluss stehe somit in keinem Zusammenhang mit den Zahlungsverzögerungen, die den Vermieter zur Kündigung veranlasst hätten*. In casu werde ein Rechtsinstitut (d. h. das Formularerfordernis) in zweckwideriger Weise angerufen; *die Mieter würden sich daher rechtsmissbräuchlich verhalten* (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Im Gegenzug sei mithin die Gültigkeit der vom Vermieter ausgesprochenen Kündigung festzustellen (BGE 137 III 547 E. 2.3 S. 547 ff.).

Einmal mehr betont das Bundesgericht in diesem Entscheid (in den nicht publizierten Erwägungen) *das Prinzip der Kündigungsfreiheit im schweizerischen Mietrecht* verbal recht stark (grundlegend diesbezüglich BGE 136 III 190; vgl. dazu auch THOMAS KOLLER, ZBJV 2011, 969 ff., 998 ff.). Damit folgt es einem in den letzten Jahren feststellbaren Trend, der zeigt, dass die Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR dem Mieter – anders als die Sondertatbestände gemäss Art. 271a Abs. 1 OR – keinen grossen Schutz gegen Kündigungen bietet (Th. KOLLER, a. a. O., 1001). Im vorliegenden Fall kann man allerdings dem Bundesgericht im Ergebnis ohne Weiteres zustimmen: Wer den Mietzins über längere Zeit häufig und zum Teil sehr deutlich verspätet zahlt, kann sich nicht beklagen, wenn ihm der Vermieter ordentlich kündigt. Hier scheint der Vermieter sogar sehr geduldig gewesen zu sein, ohne dass man aber annehmen könnte, er habe sich mit den Zahlungsverzögerungen abgefunden. Dass unter diesen Umständen die Missbräuchlichkeit der Kündigung verneint wird, ist – für sich genommen – absolut sachgerecht (gl. M. EGGEN-SCHWILER SUPPAN, a. O. Rz. 15).

Heikler sind die Ausführungen des Bundesgerichts zur rechtsmissbräuchlichen Berufung der Mieter auf den Formmangel. Auf den ersten Blick ist man zwar als unbefangener Leser des Urteils sofort geneigt, hier den Rechtsmissbrauch zu bejahen (in diesem Sinne auch CONOD, a. a. O.). Die Zahlungsverzögerungen, welche den Grund für die Kündigung durch den Vermieter bildeten, standen in keinem Zusammenhang mit dem Formfehler. Die Mieter haben offenbar auch

nie behauptet, der Anfangsmietzins sei missbräuchlich. Sie konnten daher, so scheint es, nicht in guten Treuen behaupten, der Formfehler habe sie generell zur verzögerten Zahlung des Mietzinses berechtigt. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass die Sache nicht so einfach ist.

Verwendet der Vermieter bei Vertragsschluss das vom Kanton gestützt auf den (echten) Vorbehalt von Art. 270 Abs. 2 OR vorgeschriebene Formular nicht und stellt er dieses *Formular dem Mieter auch nicht binnen 30 Tagen nach Bezug der Mietsache* zu (vgl. zu Letzterem BGE 121 III 56 E. 2c S. 59 in fine), so hat dies gemäss Rechtsprechung zwar nicht die Nichtigkeit des Mietvertrages, wohl aber – im Sinne einer Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR – die *Nichtigkeit der Mietzinsfestsetzung* zur Folge (BGE 124 III 62 E. 2a S. 64; 120 II 341 E. 5c und E. 5d S. 348 f.; SÉBASTIEN FETTER, La contestation du loyer initial, Berne 2005, Rz. 224 ff.; CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 Rz. 81; CHK-P. HEINRICH, Art. 270 N 7; SPR-BLUMER, Rz. 363). Ein solcher Formfehler ermöglicht es dem Mieter, den Anfangsmietzins auch später noch anzufechten und *dabei vom Gericht zu verlangen, dass dieser nicht bloss auf Missbräuchlichkeit überprüft, sondern nach Ermessen festgesetzt wird* (BGE 121 III 56; 120 II 341; zustimmend FETTER, a. a. O., Rz. 229 ff.; kritisch SVIT-KOMMENTAR, Art. 270 N 36 ff.). *Diesfalls kann der Mieter bis zur Festsetzung des Mietzinses durch den Richter nicht in Zahlungsverzug fallen* (BGE 120 II 341 E. 6c S. 350 f.; FETTER, a. a. O., Rz. 246; CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 83). An sich müsste sich der Mieter *jederzeit* auf diese Teilnichtigkeit berufen können (CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 54 und N 81; LACHAT/DÖRFLINGER, Rz. 17/2.4.8; BSK OR I-WEBER, Art. 270 N 11a); eine Anfechtung des Anfangsmietzinses wäre – nimmt man den Begriff der Nichtigkeit wörtlich – nicht erforderlich. Damit wäre in einer solchen Situation grundsätzlich eine Zahlungsverzugsankündigung gestützt auf Art. 257d OR ausgeschlossen, und eine ordentliche Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzögerungen wäre missbräuchlich. Allerdings hat das Bundesgericht bereits im wegleitenden Entscheid BGE 120 II 341 abschwächend angedeutet, seine Praxis gelte «en tout cas lorsque, comme en l'espèce, le locataire a introduit une procédure judiciaire pour contester le loyer initial» (BGE 120 II 341 E. 6c S. 350 f.). Und in Lehre und Rechtsprechung wurde in der Folge immer wieder betont, die Berufung des Mieters auf die Teilnichtigkeit stehe stets unter dem Vorbehalt des

Rechtsmissbrauchs (massgebend bereits das Urteil 4C.315/2000 vom 5. Februar 2001; FETTER, a. a. O., Rz. 247; CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 Rz. 54, Rz. 81 und Rz. 83; CR CO I-LACHAT, Art. 270 N 11; wesentlich zurückhaltender aber LACHAT/DÖRFLINGER, Rz. 17/2.4.8 in fine). Einen solchen Missbrauch hat das Bundesgericht bereits vor über zehn Jahren darin erblickt, dass (1.) entweder die Mieter den bekannten Formmangel nie gerügt und sich erst im Ausweisungsverfahren nach einer Zahlungsverzugsankündigung auf ihn berufen hätten oder dass sie (2.), nachdem sie vom Formmangel im letzten Moment Kenntnis erhalten hätten, diesen nicht vorgebracht hätten, um eine Mietzinsreduktion zu verlangen, sondern bloss um ihren Zahlungsverzug zu rechtfertigen (Urteil 4C.315/2000 vom 5. Februar 2001, E. 4c). Von einer Teilnichtigkeit des Mietvertrages im eigentlichen (dogmatischen) Sinne kann unter diesen Umständen kaum noch die Rede sein. *Wer sich nicht bzw. nicht rechtzeitig auf den Formfehler beruft und Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses behauptet, gerät faktisch halt doch in Zahlungsverzug.*

Nun kann man sich natürlich fragen, ob die Mieter in casu schlecht beraten waren. Die Kündigung ist ja wahrscheinlich nicht überraschend gekommen, sondern dürfte sich nach den verschiedenen Zahlungsverzögerungen abgezeichnet haben. Falls die Mieter schon vor der Kündigung anwaltlich beraten gewesen sein sollten, hätte es sich empfohlen, rasch den Anfangsmietzins anzufechten. Auf den Ablauf der Dreissig-Tage-Frist von Art. 270 Abs. 1 OR hätte sich der Vermieter nicht berufen können, weil er es unterlassen hat, bei Vertragsschluss das vorgeschriebene Formular zu verwenden, mit dem auf die Anfechtungsmöglichkeit hingewiesen wird (BGE 121 III 56 E. 2c S. 59). Diesfalls wäre die folgende ordentliche Kündigung aus drei Gründen missbräuchlich gewesen. Zum einen hätte sie als *Rachekündigung* gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. a OR interpretiert werden können (EGGENSCHWILER SUPPAN, a. a. O., Rz. 17). Zum andern wäre sie in die *Sperrfrist* gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d OR gefallen, wobei die Ausnahme von Art. 271a Abs. 3 lit. b OR nicht zum Tragen gekommen wäre, da eine ordentliche und nicht eine Zahlungsverzugsankündigung gemäss Art. 257d OR in Frage stand. Schliesslich hätten dann die Mieter gestützt auf BGE 120 II 341 auch geltend machen können, *sie seien nie in Zahlungsverzug gewesen*, weshalb die mit den Zahlungsverzögerungen begründete Kündigung keinem legitimen Interesse des Vermieters entspreche. Möglicherweise hätte sogar eine



Anfechtung des Anfangsmietzinses *nach der Kündigung* zum selben Resultat geführt (so ansatzweise wohl auch CONOD, a. a. O., in fine; anders demgegenüber EGGENSCHWILER SUPPAN, a. a. O., Rz. 17 in fine); denn auch dann wären die Mieter – nimmt man BGE 120 II 341 E. 6c S. 350 f. wörtlich – nie in Zahlungsverzug geraten. Selbstredend lässt sich aber für all diese hypothetischen Fallkonstellationen nicht ausschliessen, dass das Bundesgericht das Verhalten der Mieter dennoch als rechtsmissbräuchlich erachtet hätte (vgl. dazu wiederum das Urteil 4C.315/2000 vom 5. Februar 2001 [in diesem Fall haben sich die Mieter nach der Kündigung an die Schlichtungsbehörde gewandt; dennoch wurde ihre Berufung auf den Formmangel als rechtsmissbräuchlich erachtet]).

Als Fazit bleibt: Im vorliegenden (besonderen) Fall stimme ich dem Bundesgericht gerne zu, wenn es das Verhalten der Mieter als missbräuchlich bezeichnet. Zur Klärung der Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Formularpflicht nach Art. 270 Abs. 2 OR trägt das Urteil aber nichts bei, im Gegenteil. Allenfalls könnte man in diesem Entscheid Ansätze zu einer Praxisänderung erblicken. Zum einen spricht das Bundesgericht nicht mehr von der Nichtigkeit, sondern nur noch von der «Beeinflussung» der Mietzinsfestsetzung («... mais influence seulement sur le montant fixé» [BGE 137 III 547 E. 2.3 S. 548]). Zum andern sagt es ausdrücklich, der Mieter müsse sofort reagieren, sobald er über die notwendigen Informationen verfüge («il doit agir sans retard» [BGE 137 III 547 E. 2.3 S. 548]). Ob damit aber wirklich eine Praxisänderung angedeutet werden soll oder ob es sich hier nur um eine «überschiessende» Urteilsbegründung handelt, ist nicht sicher. Sicher ist nur: *Wer als Mieter den Anfangsmietzins nicht anfecht, sobald er vom Formmangel Kenntnis erhalten hat, läuft ein hohes Risiko, sich dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs ausgesetzt zu sehen, wenn er sich später auf den Formmangel beruft.*

VIII. Kündigungssperrfrist von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens; Unterliegen des Vermieters zu einem erheblichen Teil (Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 1 OR)

BGE 137 III 24 (4A\_459/2010) = MRA 2011, 126 ff. = mp 2011, 153 ff. = DB 2011, 42 f. = SJ 2011 I 341 f. = JdT 2011 II 378 ff.

Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 1 OR ist die Kündigung durch den Vermieter anfechtbar, wenn sie vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ausgesprochen wird, *in dem der Vermieter zu einem erheblichen Teil unterlegen ist*. Damit statuiert das Gesetz eine unwiderlegbare Vermutung, d. h. eine *Fiktion*, dass eine solche Kündigung gleich wie eine Racheekündigung missbräuchlich ist (BGE 137 III 24 E. 3.3 S. 25; zur gleichen Fiktion bei der Sperrfrist während eines hängigen Verfahrens [Art. 271a Abs. 1 lit. d OR] siehe BGE 131 III 33 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., 421 ff.). Ob von einem erheblichen Unterliegen des Vermieters gesprochen werden kann, ist unter Umständen nicht leicht zu entscheiden. Im hier zu besprechenden Urteil hatte sich das Bundesgericht zu dieser Frage zu äussern.

Die Parteien hatten über die Frage, ob zwischen ihnen ein Mietvertrag über ein Vereinslokal bestand, vor Jahren einen Streit. Mit Urteil vom 21. August 2007 (4A\_207/2007) kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass unter den Parteien ein gültiger Mietvertrag existiere, und gab damit dem X Club als Mieter Recht. Die Forderung des Mieters auf Zahlung verschiedener Beträge dagegen war bereits von der ersten kantonalen Instanz abgewiesen worden und vor Bundesgericht nicht mehr strittig. Am 18. Oktober 2007 kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis per 30. April 2008. Mit seiner Kündigungsanfechtung hatte der Mieter vor der Schlichtungsstelle Erfolg, nicht dagegen vor den beiden kantonalen Gerichtsstellen. Das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft als zweite Instanz war der Auffassung, die Vermieterin sei im mit Bundesgerichtsurteil vom 21. August 2007 abgeschlossenen Verfahren nicht zu einem erheblichen Teil



unterlegen, da der Mieter «mit seinen diversen und weitreichenden Forderungsbegehren» nicht durchgedungen sei. Das Bundesgericht sah dies anders (vgl. zu diesem Urteil die Besprechung von BEAT ROHRER, MRA 2011, 126 ff., sowie die Hinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 61 f., THOMAS PROBST, DB 2011, 42 f., und BRUNO HEDIGER, SJZ 2012, 317 ff., 318 f.).

*Genäss Bundesgericht dürfen an das «Unterliegen des Vermieters zu einem erheblichen Teil» nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden.* In der Lehre werde bei einem Unterliegen mit einem Drittel bis zu einem Viertel die Bedingung als erfüllt betrachtet. Zu vergleichen seien die prozessual massgeblichen Anträge der Vermieterschaft und der Entscheider, wobei das Unterliegen der Vermieterschaft nicht einfach prozentual bewertet werden könne. *Ins Gewicht fielen vielmehr die objektive oder subjektive Erheblichkeit des Streitgegenstandes im Einzelfall, das vorprozessuale Verhalten der Parteien und deren Möglichkeit zur Abschätzung der Prozessaussichten.* Das Obsiegen des Mieters dürfe aber nicht bloss marginal sein (BGE 137 III 24 E. 3.3 S. 25, m.Hw. auf die Literatur).

Streitgegenstand des früheren Verfahrens habe zur Hauptsache die Frage gebildet, ob die Parteien in einem Mietvertrag verbunden seien oder nicht. Die Modalitäten des Vertrages seien im Vergleich zur Grundsatzfrage nach dem Bestand des Mietvertrages von untergeordneter Bedeutung gewesen. Weshalb die vom Mieter zusätzlich gestellten, von der Vorinstanz nicht bezifferten Schadenersatzbegehren ein derartiges Übergewicht erlangen sollen, dass das Obsiegen des Mieters in der Kernfrage des Prozesses, jener nach dem Bestand des Mietverhältnisses, sowie der vom Mieter erstrittene Zugang zu den Räumlichkeiten zur Unerheblichkeit degradiert werden soll, gehe aus dem angefochtenen Urteil nicht hervor und sei nicht ersichtlich. Zu beachten sei auch, dass der Mieter wegen des vertragswidrigen Verhaltens der Vermieterin darauf angewiesen gewesen sei, den Prozess anzustrengen und sich den Zugang zu den Räumlichkeiten zu erstreiten. Unter solchen Umständen erscheine eine rein quantitative Beurteilung nach Obsiegen und Unterliegen gemessen am Gesamtstreitwert der gestellten Begehren, welche die Vorinstanz im Ergebnis wohl angestrebt, jedoch letztlich nicht nachvollziehbar vorgenommen habe, nicht angebracht (BGE 137 III 24 E. 3.4 S. 26).

Dem Bundesgericht kann nur zugestimmt werden (ebenso PROBST, a. a. O., 43, sowie für den konkreten Fall auch ROHRER, a. a. O.,

130). Wie die Gerichtsinstanzen im Kanton Basel-Landschaft zum gegenteiligen Ergebnis kommen konnten, ist unerfindlich, war doch im früheren Verfahren – wie ROHRER, a. a. O., 130 treffend ausführt – offenkundig eine Grundsatzfrage von erheblichem Gewicht strittig, und in dieser Grundsatzfrage ist der Vermieter unterlegen. Der konkrete Fall ist im Grunde viel zu eindeutig, um interessant zu sein. Für die Zukunft wichtig sind aber die grundlegenden Ausführungen des Bundesgerichts, dass nicht so sehr quantitative, als vielmehr qualitative Aspekte des früheren Verfahrens und in diesem Zusammenhang auch das vorprozessuale Verhalten der Parteien zu berücksichtigen seien. Insbesondere der letztgenannte Gesichtspunkt ist zentral (ähnlich auch ROHRER, a. a. O., 130 f.). Oft gibt ein undurchsichtiges Verhalten des Vermieters (z. B. im Zusammenhang mit einer Mietzinserhöhung) dem Mieter Anlass für die Einleitung eines Schlichtungs- oder gar eines Gerichtsverfahrens. Sollte in diesem Verfahren – nach Offenlegung der relevanten, dem Mieter bisher aber nicht bekannten Fakten durch den Vermieter – der Vermieter obsiegen, so wäre es vielfach nicht sachgerecht, wenn der Mieter nicht in den Genuss der Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 1 OR käme. Der vom Mieter angestrebte Schutz des Mieters kann letztlich nur funktionieren, wenn in solchen Fällen nicht leichthin eine Kündigungsfrist vereinbart wird (ähnlich wohl auch BGE 137 III 24 E. 3.3 S. 25 sowie CPRA BAIL-CONOD, Art. 271a N 38). Die Zukunft wird weisen müssen, wie weit die Rechtsprechung hier zu gehen bereit ist.

Für Vermieter ergibt sich daraus ein erhebliches Problem: Ob ein Verfahren eine Kündigungsfrist auslöst oder nicht, ist oft nicht leicht prognostizierbar. Die Empfehlung von PROBST, a. a. O., 43, im Interesse der Rechtssicherheit zuerst eine Abschätzung des Obsiegens oder Unterliegens in quantitativer Hinsicht vorzunehmen und anschliessend zu prüfen, inwieweit qualitative Aspekte nach einer Anpassung der quantitativen Beurteilung rufen, hilft hier kaum weiter. Im Zweifelsfall empfiehlt es sich daher für den Vermieter, mit einer Kündigung bis zum Ablauf der Dreijahresfrist zu warten (ROHRER, a. a. O., 132). Denn sollte der Vermieter in einem erneuten Verfahren wiederum zu einem erheblichen Teil unterliegen, so würde dies eine weitere Sperrfrist auslösen.

Abschliessend sei noch ein Hinweis auf die Hintergründe des Falles gestattet. Die Mietvertragsparteien scheinen seit langem sehr stark zerstritten zu sein. Die Vermieterin hatte dem Mieter seit Jahren

die vertragsmässige Nutzung des Mietobjekts verunmöglicht und ihm sogar nach dem ersten Bundesgerichtsentscheid, welcher die Streitfrage über den Bestand des Mietverhältnisses definitiv klärte, weiterhin den Zutritt zum Mietobjekt verweigert. Dies alles hatte den Mieter nicht nur zu den verschiedenen Verfahren, sondern auch zu einer – vielleicht nicht in allen Punkten begründeten – Strafanzeige veranlasst (nicht amtlich publizierte E. 3.5.2 des besprochenen Entscheids). Damit wird noch unverständlicher, weshalb die kantonalen Instanzen der Vermieterin, offenbar einem schwarzen Schaf in der Branche, Recht gegeben haben.